3 1761 05508543 5

Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Karl Binding

uncker & Humblot, München und Leipzig, 1914

Presented to the

LIBRARY *of the*

UNIVERSITY OF TORONTO

by

LEO BAECK INSTITUTE

Festgabe

der

Leipziger Juristenfakultät

für

Dr. Karl Binding

zum

7. August 1913

München und Leipzig
Verlag von Duncker & Humblot
1914

Alle Rechte vorbehalten.

LIBRARY
MAY 24 1934
UNIVERSITY OF TORONTO

An Seine Exzellenz

den Wirklichen Geheimen Rat Professor Dr. Karl Binding

in

Freiburg i. Br.

Hochverehrter Herr Kollege!

Fünfzig Jahre lang tragen Sie die Ehren eines „beider Rechte Gelehrten und Gewürdigten". Die fünfzig Jahre schließen eine Lebensarbeit in sich, die ganz der Wissenschaft gewidmet war, der Wissenschaft als der hohen Göttin, welche die Fackel des Prometheus trägt. Der Wahrheit und der Gerechtigkeit zu dienen, das ist unausgesetzt das große mit leidenschaftlicher Kraft ergriffene Ziel Ihrer Arbeit gewesen. Nach einer kurzen Zeit der Schulung durch methodische geschichtliche Forschung setzten Sie auf dem Gebiet der Strafrechtswissenschaft ein, um hier die Meisterschaft zu erlangen. Ihre „Normen" haben zündend auf die ganze Rechtswissenschaft gewirkt. Ihre Gesamtdarstellung des Strafrechts in Handbuch und Lehrbuch, begleitet von zahlreichen Einzelabhandlungen, hat Sie zum Führer unserer Strafrechtswissenschaft gemacht.

Mit der gelehrten Forscherarbeit ging bei Ihnen eine großartige akademische Wirksamkeit Hand in Hand. Die Gewalt Ihrer Rede und Ihrer Persönlichkeit hat in viel tausend jugendlichen Gemütern das Feuer der Begeisterung für die Ideale unseres wissenschaftlichen und unseres staatlichen Lebens entzündet. Hier in Leipzig war die Stätte, wo Sie der Wissen-

schaft und der Jugend dienten. Vierzig Jahre lang sind Sie Zierde und Stolz der Leipziger Juristenfakultät, zugleich der ganzen Leipziger Universität gewesen. Ihre Erwählung zum Jubiläumsrektor für das Jahr 1909 war der Dank der Universität für die Wirkung, die von Ihnen auf den gesamten Hochschulkörper ausgegangen war. Den Dank unserer Juristenfakultät, die durch vierzig Jahre unmittelbar an der Feuerkraft Ihres Geistes Anteil haben durfte, lassen Sie uns heute aussprechen. Mit unserem Dank empfangen Sie unsere herzlichen Glückwünsche.

Sie haben Sich nach Freiburg zurückgezogen, um, alles äußeren Zwanges ledig, allein der Wissenschaft zu leben. Es ist uns sehr schwer geworden, Sie herzugeben. Sie werden uns unvergeßlich sein, und wir sind überzeugt, daß auch für Sie das Band zwischen uns und Ihnen unverändert in Kraft bleibt.

In treuem Gedenken

Leipzig, im März 1914

Die Juristenfakultät der Universität Leipzig.

Dr. Ernst Jaeger,
derzeit Dekan.

Dr. Adolf Wach.
Dr. Emil Strohal.
Dr. Otto Mayer.
Dr. Heinrich Siber.
Dr. Rudolph Sohm.
Dr. Ludwig Mitteis.
Dr. Victor Ehrenberg.
Dr. Richard Schmidt.

Inhalt.

Struktur des Strafprozesses. Von Dr. Adolf Wach.
Weltliches und geistliches Recht. Von Dr. Rudolph Sohm.
Schuldpflicht und Haftung. Von Dr. Emil Strohal.

Struktur des Strafprozesses.

Von

Adolf Wach.

Teurer Freund!

Dieſe Blätter ſollten an dem Tage, an dem ſich das halbe Jahrhundert Deines wiſſenſchaftlichen Wirkens vollendete, in Deinen Händen ſein. Äußere Umſtände haben es verhindert. Nimm die Nachzügler nachſichtig auf. — Du haſt dem Strafprozeß fortgeſetzt Dein wiſſenſchaftliches Intereſſe zugewendet, wenn auch die Welt in Deinen ſtrafrechtlichen Arbeiten Dein unvergängliches Lebenswerk ſieht. Deine Erſtlingsarbeit leuchtete in das dunkle Gebiet der inquiſitoriſchen Elemente des ſpätrömiſchen Prozeſſes hinein. Und eine Deiner letzten literariſchen Äußerungen, die programmatiſche Einführung eines neuen Organs der Prozeßwiſſenſchaft, beklagt die ſtiefmütterliche wiſſenſchaftliche Behandlung des Strafprozeſſes im Verhältnis zum Strafrecht. Gewiß, er hat lange von den Broſamen gelebt, die vom Tiſche des Zivilprozeſſes fielen; — und die ſind ihm überdies nicht immer gut bekommen. Das veranlaßt mich, in den folgenden Blättern lange erwogene Gedanken über die Struktur des Strafprozeſſes niederzulegen. Wird Dir in ihnen viel ſchon Geſagtes begegnen, ſo diene zur Entſchuldigung, daß die Wahrheit immer wieder und ſo lange geſagt werden muß, bis ſie das Feld behauptet, mag es ihr durch formale Betrachtungsweiſe, insbeſondere ungeſunde, methodiſch verwerfliche Übertragung zivilprozeſſualer Begriffe auf das eigenartige Gebilde des Strafprozeſſes beſtritten werden, oder mag ihr eine engherzige Überlieferung in Geſetz und Praxis widerſtehen.

Die Geschichte des Strafprozesses ist ein ergreifendes Dokument menschlichen Irrens im Suchen nach Wahrheit und Gerechtigkeit. Unter ihrem Namen ein Meer von Ungerechtigkeit! Im Verfolg des edelsten, heiligsten Zweckes ein erschütternder Mißbrauch verwerflicher Mittel: am abschreckendsten in der Verbildung des kanonischen Inquisitionsprozesses, die sich die inquisitio haereticae pravitatis nennt und der Religion erlösender Liebe durch Zwang und Vernichtung grausam Opfer brachte. Kein Zweifel, daß das vielgeschmähte Beweissystem der Carolina ernstlichst auf die Feststellung der Wahrheit und den Schutz der Unschuld Bedacht nahm: Indizien sind nicht genugsam zur Verurteilung, sie mögen noch so schlüssig sein und für heute unbedenklich ausreichen. Mit aller Sorgfalt verbaut die Carolina die Verurteilung auf künstlichen Beweis. Also Freispruch, wenn es am direkten Beweis der Missetat durch Zeugen oder das glaubwürdige freiwillige Geständnis fehlt? Unmöglich! Das hieße die Gesellschaft dem Verbrecher preisgeben. Daher die peinliche Frage des hartnäckigen Leugners. So schafft man das Böse, während man das Gute will. Alle Mißbräuche des gemeinrechtlichen Strafprozesses fließen aus gleicher Quelle. Überall Wahrheit und Gerechtigkeit das Ziel und eine Mißbildung der Rechtspflege die Frucht, ein Produkt, verderblicher als ein schlechtes Strafrecht. Wir würden uns täuschen, glaubten wir uns frei von solchen Irrungen.

I.

Wenn, was niemand bestreiten kann, der Prozeß nur Mittel zum Zwecke der Bewährung des materiellen Rechtes ist, so folgt unabweisbar, daß er, das formale Recht, sich diesem Zweck, der Natur des materiellen Rechtes, anbequemen muß. Es ist der

Geist, der sich den Körper baut. Man kann keinen verhängnisvolleren methodischen Fehler begehen, als in Verkennung dessen den Prozeß aus sich heraus formalistisch zu konstruieren. So begründet die tiefgreifende Differenz der Zivilsache und der Strafsache einen unüberbrückbaren Gegensatz der beiden Prozesse; jeder Versuch, den Strafprozeß zivilprozessualisch oder den Zivilprozeß strafprozessualisch zu gestalten, führt zur Degeneration. Darüber darf man sich nicht hinwegtäuschen mit der Begriffsjurisprudenz entnommenen Argumenten, wie dem „Prozeßrechtsverhältnis" hier wie dort; aber auch nicht mit Mißachtung der angeblich abgegriffenen Münze der Verhandlungsmaxime oder mit der moralisierenden Redensart, daß es doch hier wie dort gelte, der Gerechtigkeit und Wahrheit zum Siege zu verhelfen. Was ist gerecht? Was dem Recht entspricht. Kann, wenn die rein publizistische Strafberechtigung nach Grund, Inhalt und Zweck dem Zivilrecht gegensätzlich ist, beiden die gleiche Form der Bewährung entsprechen? Wird doch, charakteristisch genug für die abgelehnte Unklarheit, von den einen die Umbildung des Strafprozesses nach zivilprozessualem Muster, dagegen von den anderen die des Zivilprozesses nach strafprozessualem empfohlen.

Wäre Offizialverfolgung in Zivilsachen möglich? Wäre es angängig, dem Anerkenntnis des Beklagten aus Wahrheitsbedenken die Feststellungskraft und Eigenschaft der den Richter bindenden Urteilsgrundlage im Zivilprozeß zu versagen oder ihm umgekehrt solche im Strafprozeß beizumessen? Ließe sich in diesem ein rechtswirksamer Verzicht des Anklägers auf den Strafanspruch denken oder im Zivilprozeß die Wirkungslosigkeit des Anspruchsverzichts konstruieren? Von einer Herrschaft der Parteien über den Prozeßgegenstand mit der Folge der Herrschaft über den Prozeßstoff, wie die Natur der Zivilsache sie ergibt, ist im Strafprozeß grundsätzlich nicht die Rede. Könnte man in ihm dem bewußt unwahren Geständnis Feststellungskraft beilegen oder sie demselben im Zivilprozeß entziehen? Ließe sich im Strafverfahren bei der Feststellung der Wahrheit mit Vermutungen, Fiktionen,

Verteilung der Beweislast und ihren Folgen der Beweisfälligkeit operieren? Das „Unmöglich" als unausweisliche Antwort auf solche und ähnliche Fragen zeigt die durch die Natur der Sache bedingte Wesensverschiedenheit der Prozesse. Das ist alte Wahrheit und soll im folgenden nicht näher erörtert werden. Dagegen will ich versuchen, die Grenzen der Annäherungs- und Ausgleichungsfähigkeit beider Prozeduren und die Mängel unseres heutigen Strafprozesses festzustellen, die aus einer Übertreibung seiner Eigenart zum Schaden der Gerechtigkeit hervorgehen.

II.

Der Ausgangspunkt ist das gegebene Recht, nicht eine denkbare, sondern die wirkliche, in Jahrhunderte alter Geschichte erwachsene, unserer Kultur und Rechtsüberzeugung entsprechende Natur der Strafsache und Strafverfolgung. Die Strafsache als das rein publizistische, um des Gemeinwesens willen bestehende und zu wahrende Recht auf öffentliche Strafe fordert die Bewährung von Staatswegen. Sie kann grundsätzlich nicht der Willkür des einzelnen, sei es des Verletzten oder eines gewillkürten Vertreters aus dem Volke überlassen bleiben. Wir lehnen die Privatklage wie die Popularklage als die regelmäßige Form der Strafverfolgung ab. Sie ist Staatspflicht. Der Staat ist das Subjekt der Strafberechtigung und der Strafverfolgung, der Anklage und der Aburteilung. Der inquisitorische Prozeß des gemeinen Rechts war daher nichts weniger als prinzipwidrig. Wohl wurde die psychologische Inkompatibilität der im Gericht geeinten rechtsverfolgenden und aburteilenden Funktion zur eminenten Gefahr der Gerechtigkeit. Völlige Entartung des Prozesses war die Folge. Sie kann nur vermieden werden durch die organisatorische Trennung jener Funktionen; aber nicht erst dadurch entsteht Prozeß.

Es ist eine Petitio principii, daß der Prozeß ein Actus legitimus trium personarum, daß er Parteiprozeß sein müsse. Auch das formell-inquisitorische Verfahren des gemeinen Rechts

war Rechtspflegeform, die Bewährung des Strafrechts durch staatliche Gerichtsbarkeit in den Formen Rechtens gegenüber dem Inquisiten als der Partei. Und wenn heute die akkusatorische Form gilt, so gilt sie nicht, um erst dadurch Strafrechtspflege oder ihr den Titel des Prozesses zu schaffen, sondern weil sie heilsamer und gerechter ist.

Der wesentliche Punkt ist schon angedeutet: die psychologische Inkompatibilität der strafverfolgenden und urteilenden Funktion und die Entartung der Rechtspflege durch ihre Vereinigung. Der Verdacht beraubt der wichtigsten Freiheitsrechte. Der Inquisit ist nicht Subjekt, sondern Objekt. Die Rechtsstellung des noch nicht Überführten geht unter in seiner Eigenschaft als Wahrheitserforschungsmittel. Die richterliche Verfolgung raubt dem Richter die für die Erkenntnis der Wahrheit unerläßliche Objektivität, treibt ihn, der da „unparteiisch" des Rechtes pflegen soll, in die einseitige Rolle des Überführungssüchtigen. Das alles ist längst erkannt und der Grund der heutigen akkusatorischen Form. Aber sie hat weder zu einem vollen Zweiparteienverhältnis, noch zur scharfen Scheidung der richterlichen und parteilichen Tätigkeit geführt. Der Prozeß ist auch heute materiell inquisitorisch in akkusatorischer Form: ein Zusammenwirken von Gericht und öffentlichem Ankläger zur objektiven Wahrung der Gerechtigkeit. Das mag — zunächst unter Ausschaltung der Privatklage — beleuchtet werden.

Die Parteiengleichheit, ja das Zweiparteienverhältnis, als ein dem Gericht fremdes prozeßrechtliches Verhältnis zweier in gegensätzlicher Rechtsstellung befindlicher Subjekte ist für den Prozeß auf öffentliche Klage eine Phrase. Wir sind von der Parteiengleichheit himmelweit entfernt. So ist es zufolge der dem öffentlichen Ankläger zukommenden behördlichen, auf die Wahrung der objektiven Gerechtigkeit zugeschnittenen Stellung, und der Eigenschaft des Beschuldigten nicht nur Partei, d. h. das passive Subjekt der Strafverfolgung, sondern gleichermaßen Wahrheitserforschungsmittel und Vollstreckungsobjekt zu sein.

Daß der Staatsanwalt anklagt und nicht angeklagt werden kann, daß es gegen ihn nicht, wie im Zivilprozeß, eine Widerklage, also auch keine Verurteilung gibt, charakterisiert wohl, bedeutet aber keine Ungleichheit der Parteien. Diese Wesensdifferenz der Parteirollen, die begriffliche Verschiedenheit des Angreifers und des Angegriffenen ist etwas durch die Natur der Sache Gegebenes und dem Zivil- wie dem Strafprozeß eigen. Aus ihr folgt der favor defensionis im Zivilprozeß, der Sieg des Beklagten, falls der Kläger nicht beweist (actore non probante reus absolvitur), das „in dubio pro reo" im Strafprozeß, der Ausschluß der Verteilung der Beweislast, die Verurteilung nur auf Grund wahrheitsgemäßer Feststellung der Schuld. Das, was wir Gleichheit der Parteirollen nennen, ist formaler Natur, bedeutet die Gleichheit der prozessualen Rechte und Pflichten zur Wahrung der Parteistellung — vergleichbar den auf gleichem Boden mit gleichen Waffen streitenden Kämpfern. Davon ist heute im Deutschen Strafverfahren auf öffentliche Klage keine Rede.

Der Staatsanwalt ist die hohe, staatliche Obrigkeit. Wie schon das Wort sagt: amtlicher Vertreter des Staates — und zwar des Staates als der beherrschenden Macht, nicht als eines dem Gegner koordinierten Subjekts. Er steht nicht mit ihm auf gleichem Boden. Wie er auf dem haut pas neben dem Gericht thront, unter sich auf der Anklagebank den Angeklagten und auf dem Parkett den plädierenden Verteidiger, so ist seine Rechtsstellung über die des Gegners erhaben. Er repräsentiert die gerichtsherrliche Behörde, ist nicht Person. Der einzelne Staatsanwalt ist fungibel, sein Wechsel nicht Parteienwechsel, nicht Sukzession in die Parteienrolle. Kraft des Prinzips: „le ministère public est un et indivisible" ist es die einheitliche Behörde, die Staatsanwaltschaft, die anklagt. Der einzelne Ankläger ist ihr variabler Funktionär. Begreiflich und vor aller Augen, daß ihr ein Übergewicht, ja eine qualitative Verschiedenheit gegenüber dem Beschuldigten zukommt.

Die Machtmittel der Staatsanwaltschaft sind unvergleichlich. Sie ist das Haupt der gerichtlichen Polizei; die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes sind ihre Hilfsorgane, ihren Anordnungen unterworfen (GVG. § 153, StPO. § 159). Sie übt Zwangsgewalt in ausgedehntem Maße. Sie verfügt Beschlagnahmen (StPO. § 98), Durchsuchungen der Person, auch des Beschuldigten, der Sachen, der Wohnung (StPO. § 105); sie verhaftet (StPO. § 127 Abs. 2), sie vollstreckt (StPO. § 483), erläßt Vorführungs- oder Haftbefehle, Steckbriefe (StPO. §§ 489, 131); sie „verlangt" zwecks Ermittlung des Sachverhalts zwingend von „allen öffentlichen Behörden" Auskunft (StPO. § 159). Was kann dem der Beschuldigte entgegensetzen? Vergeblich nährt man den schönen doktrinären Wahn, als ob das ja alles im eigentlichen Prozeß, nämlich der Hauptverhandlung, bedeutungslos sei. Nicht nur sie, sondern auch das ganze, durch die Strafprozeßordnung geregelte Vorverfahren, die „gerichtliche Voruntersuchung", ja selbst die „Vorbereitung der öffentlichen Klage" ist Prozeß. Auch in diesem Stadium gibt es einen „Beschuldigten", der als solcher gerichtlich vernommen wird und Parteirechte übt, Anträge stellt (StPO. § 164), einen Verteidiger haben, an Beweiserhebungen teilnehmen kann (StPO. § 167) und dergleichen mehr. Und vollends die Strafvollstreckung. Sie sollte nicht Prozeß sein? Ist sie nicht so recht eigentlich die Bewährung des Strafrechts? Mit welchem Schein des Rechts wollte man behaupten, daß die Zwangsvollstreckung nicht ein Teil des Zivilprozesses sei? — Ich wiederhole: was kann dieser prozessualen Rechtsmacht des Staatsanwalts der Beschuldigte entgegenstellen?

Und wie steht es im übrigen mit der „Parteiengleichheit"? Fast genügt als Antwort das Bild des in Untersuchungshaft befindlichen Angeschuldigten, dem die äußeren Hilfsmittel abgeschnitten, der Verkehr mit der Außenwelt, selbst mit seinem Verteidiger — wovon noch die Rede sein wird —, verschränkt sind, und das des frei schaltenden und waltenden Staatsanwalts. Aber auch außer diesem Rahmen: wo ist das erste und wichtigste Partei-

recht „zu hören" vor der Hauptverhandlung? „Der Staatsanwalt kann stets von dem Stande der Voruntersuchung durch Einsicht der Akten Kenntnis nehmen" (StPO. § 194); die Akten des Ermittlungsverfahrens sind die seinen; da liegt ihm alles offen. Für den Beschuldigten gibt es kein Recht auf Akteneinsicht! In wie engen Grenzen hier die Aktenkenntnis des Verteidigers nachhelfen kann, wird später erörtert. Selbst im Zwischenverfahren, wenn es sich um die Eröffnung des Hauptverfahrens handelt, bleibt dem Angeschuldigten verborgen, was ihm nicht durch die Anklageschrift kund wird. So kämpft er halb geblendet gegen den machtvollen, alles überschauenden Gegner.

Und nun ist er Auskunftsperson, Augenscheinsobjekt und eventuelles Vollstreckungsobjekt. Man „vernimmt" ihn. Man übt gegen ihn Erscheinungs- und Besichtigungs- und Beobachtungszwang (StPO. § 81); er darf sich dem Auge des Gerichts nicht entziehen. Man verhaftet ihn, sei es wegen Kollusions- oder Fluchtgefahr. Mit einem Wort: die Parteiengleichheit ist Phrase.

Aber Phrase ist überhaupt das Zweiparteienverhältnis im Strafprozeß. Das bedarf genauerer Betrachtung.

III.

Die Antithese zweier Parteien als gegensätzlicher Sachinteressenten, des Strafverfolgenden und des Verfolgten, der Subjekte der Strafberechtigung und der Strafverpflichtung, wenn man so sagen darf, hat in unserem Strafprozeß aus schon angegebenem Grunde keinen Boden. Solch materielles Zweiparteienverhältnis existiert nicht, weil der Staat das alleinige strafverfolgende und aburteilende Subjekt ist; und es läßt sich nicht künstlich herstellen dadurch, daß man dem Staatsanwalt ein ausschließlich egoistisches Sachinteresse beimißt. Die Wahrung der Gerechtigkeit drängt ihn mit zwingender Gewalt in eine damit unvereinbare Position. Die richtig verstandene Parteistellung verträgt sich damit, daß der Staatsanwalt nur den wohl begründeten Angriff führt, und daß

er Blößen des Gegners nur loyal benutzen darf; aber sie ist aufgegeben, sobald er zum Verteidiger des Gegners wird. Man denke einen Zivilprozeß, in dem der Kläger seine eigene Abweisung beantragt oder zugunsten seines Gegners Verteidigungsmittel vorbringt, Rechtsmittel einlegt oder die Wiederaufnahme betreibt. Und doch ist dies der Typus des Strafprozesses.

Der Staatsanwalt beantragt am Schlusse der Voruntersuchung, den Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen (StPO. § 206). Er hat nicht nur die Belastungs-, sondern auch die Entlastungsbeweise zu beschaffen (StPO. § 158 Abs. 2). Er kann und soll am Schlusse des Hauptverfahrens zugunsten des seiner Überzeugung nach schuldlosen Angeklagten plädieren und seine Freisprechung beantragen. Er kann zugunsten des Verurteilten Rechtsmittel einlegen (StPO. § 338 Abs. 2) und die Wiederaufnahme beantragen (StPO. § 405). Ließe sich allenfalls der erste und dritte Satz auf die Gebundenheit des Anklägers an den Prozeß, den Ausschluß der Klagzurücknahme und darauf zurückführen, daß man sich von der Haltlosigkeit der Klage überzeugt habe, so ist die Pflicht zur Beschaffung der Entlastungsbeweise bereits reines Vertreten gegnerischen Interesses. Und vollends trifft das zu bei dem Rechtsmittelangriff und dem Antrag auf Wiederaufnahme gegen die Verurteilung. Von gegnerischer Parteirolle ist da schlechterdings keine Spur mehr. Der Staatsanwalt ist im Anklägergewand Verteidiger; er ist der objektive Funktionär des Gesetzes.

Aber noch auf anderem Wege ergibt sich, daß das sogenannte Zweiparteienverhältnis ein doktrinärer Selbstbetrug ist. — Es fordert mit der Dreisubjektivität im Prozeß ein von den Parteien geschiedenes, ein unparteiisches Gericht. Wir verkünden als selbstverständlichen Fundamentalsatz unseres „akkusatorischen" Prozesses: „nemo iudex sine accusatore" und in einem Atem machen wir das Gericht zum Ankläger. Es zwingt den Staatsanwalt zur Anklage; sein, des Gerichtes, Beschluß bildet die Anklage.

Dieser Gerichtszwang setzt ein im Ermittlungsverfahren. Der

Verletzte[1] beantragt beim Staatsanwalt die Strafverfolgung — wobei keineswegs nur an Antragsdelikte zu denken ist. Der Staatsanwalt „gibt dem Antrag keine Folge", oder er „verfügt nach dem Abschluß der Ermittlungen die Einstellung des Verfahrens" (StPO. § 169). Der Antragsteller beschreitet den ihm durch die StPO. § 170 Abs. 1 vorgezeichneten Beschwerdeweg. Das Gericht „erachtet den Antrag für begründet" und beschließt „die Erhebung der öffentlichen Klage" (§ 173). Die Anklagebehörde wird zum Instrument des Gerichts; nicht ihr, sondern des Gerichtes Wille entscheidet; das Gericht klagt an! Der anklagende Staatsanwalt ist Figurant in seinen Händen. — Es ist bekannt, daß diese dem Legalitätsprinzip dienende Maßnahme ohne große praktische Bedeutung ist. Auf das Wesen der Sache wirft sie grellstes Schlaglicht.

Der Staatsanwalt erhebt die öffentliche Klage; er tut es durch den Antrag auf Eröffnung der Untersuchung, sei es der Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens (StPO. §§ 151, 155, 196, 197); „der Voruntersuchung" unlogisch genug, denn so wird der Beschuldigte nur ein „Angeschuldigter", und erst die Eröffnung des Hauptverfahrens macht ihn zum „Angeklagten[2]". Ob es dazu auf Grund der Voruntersuchung kommen wird, steht noch aus, hängt von der Entscheidung des Gerichts ab. Und diese kann wider Willen des Staatsanwalts bejahend lauten. Der Staatsanwalt beantragt, den Angeschuldigten „außer Verfolgung zu setzen" (StPO. § 206), reicht also keine „Anklageschrift ein", das Gericht aber beschließt die Eröffnung des Hauptverfahrens. Dann hat die Anklagebehörde „eine dem Beschlusse entsprechende Anklageschrift einzureichen". Wiederum ist die Staatsanwaltschaft Instrument in den Händen des Gerichts, nicht ihre pflichtmäßige

[1] Der Beschluß der Kommission des Reichstags zum Entw. der StPO. § 177 sagt besser: „Die Person, die daran ein berechtigtes Interesse hat."

[2] Dabei blieb der Entw. der StPO. 1908 § 175; die Kommission des Reichstags aber hat korrekter nur den Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens als Erhebung der Klage gelten lassen.

Überzeugung und ihr Wille, sondern die Meinung und der Wille des Gerichts entscheidet. Das Gericht klagt an.

Und tut es das nicht eigentlich formell in allen Fällen kraft seines Eröffnungsbeschlusses? Wird doch dieser und nicht die Anklageschrift die Basis der Hauptverhandlung; sie wird verlesen, sie bezeichnet die res in iudicium publicum deducta, über sie wird nach Maßgabe des in der Hauptverhandlung entwickelten Prozeßstoffes geurteilt. „Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat" (StPO. § 265), und diese „Anklage" ist der Beschluß des Gerichts, nicht die Anklagehandlung des Staatsanwalts.

In der Hauptverhandlung beantragt der Ankläger den Freispruch, das Gericht verurteilt. Es beschafft selbst Belastungsbeweise und arbeitet so möglicherweise pflichtgemäß fortgesetzt für die Anklage. Der Ankläger tritt ihr entgegen oder wird zum promotor inquisitionis.

Vollends erscheint er in dieser Rolle in der Voruntersuchung. Hier ist der Untersuchungsrichter tatsächlich und rechtlich der eigentliche, man könnte sagen der alleinige Dominus litis.

Wo bleibt das vom unparteiischen Gericht geschiedene Zweiparteienverhältnis? Es lebt im Begriffshimmel der Scholastik[1].

---

[1] Sehr viel unverhüllter tritt das alles im Militärstrafprozeß hervor, nur daß hier nicht die Prävalenz des jurisdiktionellen über das gerichtsherrliche Moment, sondern die des letzteren über das erstere den Kern bildet. Es genügt zum Beweis, die Rechtsstellung des Gerichtsherrn zu kennzeichnen. Er „hat", er „übt" Militärstrafgerichtsbarkeit (MStGO. § 25, § 12); er ernennt Vorsitzende, Beisitzer der Standgerichte und ihre Vertreter; er beruft für den einzelnen Fall die Richter „im Feld und an Bord", wie er die Richter-Offiziere der Kriegsgerichte und Oberkriegsgerichte beruft (§§ 41, 44, 53, 68), und ihm die richterlichen Militärjustizbeamten zugeordnet sind (§ 13 Abs. 3). Soweit diese nicht als erkennende Richter tätig sind, unterwirft sie das Gesetz den Weisungen des Gerichtsherrn (§ 97). Er ist es, der das Ermittlungsverfahren anordnet (§ 156), den Untersuchungsführer ernennt (§§ 156, 159), durch ihn den Sachverhalt ermitteln, den Beschuldigten vernehmen läßt, diesen einstweilig vom Dienst enthebt, seine Untersuchungshaft anordnet (§§ 174 f.) — Er entscheidet über die Strafverfolgung, erhebt die Anklage mit der Wirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses und der Notwendigkeit der Aburteilung in der Hauptverhandlung (§§ 243, 245, 250, 254 f., 258, 260). Er befiehlt

Alles das wird begreiflich als Folgerung aus der Natur der Strafsache, daraus, daß der Staat, der die Gerechtigkeit ist, strafverfolgend und aburteilend nur ein Ziel, das der Wahrheit und Gerechtigkeit erstrebt, also auch seine anklagenden und richtenden Organe sich gegenseitig als objektive Funktionäre des Gesetzes in die Hände arbeiten läßt.

IV.

Das Leben kann man nicht in eine Formel fassen. Aus einem Prinzip errichtet man kein Rechtsgebäude. Der aus der Natur der Strafsache entwickelte Offizialgedanke im Sinne der Offizialverfolgung und Offizialermittlung (Wahrheitserforschung), führt je nachdem zum Inquisitionsprozeß mit allen seinen Ausartungen, wie zum formell akkusatorischen Verfahren unter Verleugnung der Parteienrechte des Beschuldigten, zu einer inquisitio cum promovente oder zur accusatio cum inquirente. Nicht jedes Mittel ist zum gerechten Zweck gerecht. Es gilt, die sich durchkreuzenden berechtigten Interessen zu wahren und das Mittel auf diesen seinen Wert zu würdigen, damit nicht, wer das Gute will, das Böse schafft. Davon ging ich aus; — und ich meine, daß das geltende Recht einer von diesem Ausgangspunkt geübten Kritik nicht standhält. Wir müssen dem Offizialbetrieb den dem Rechtsstaat fundamentalen Gedanken der Freiheit der Person, die Achtung vor ihren Gütern und Rechten entgegenstellen. Dann werden wir sehen, daß erst die Befolgung beider Postulate eine wahrhaft befriedigende, gerechte Rechtspflege gewährleistet.

Bevor ich darauf näher eingehe, weise ich die Vorstellung zurück, als könnte das erreicht werden durch umfangreicheres Ausschalten des Offizialprinzips, sein Opfern zugunsten der Privatklage oder gar der Popularklage. Jene läßt sich überhaupt nur denken, wo ein Privater durch Verbrechen verletzt ist, und stellt

---

den Zusammentritt des erkennenden Gerichts (§ 261); bei ihm stellt der Angeklagte seine Beweisanträge vor der Hauptverhandlung; er verfügt über sie (§ 269)!

prinzipwidrig dessen Privatwohl über das des Staates, überläßt das Wohl des Ganzen der Willkür des einzelnen. Das ist eine Anomalie, die man sich nur in besonderen Fällen gefallen lassen kann, ja die sich in solchen empfehlen mag. Gewiß ergibt sich hier ein Zweiparteienverhältnis zwischen dem gewillkürten Vertreter des Staates, dem Privatkläger und dem Beschuldigten, ein Dominium litis des ersteren (§§ 431, 503), für das man aber die Korrektur sucht in der Berechtigung der Staatsanwaltschaft, zu klagen oder den Prozeß zu übernehmen, wenn dies „im öffentlichen Interesse liegt", und das nur erträglich wird bei Eindämmung der Privatklage. Von einer Verallgemeinerung darf nicht die Rede sein, wennschon eine vorsichtige Ausdehnung auf — wenn ich so sagen darf — Gefühlsdelikte, ähnlich der Beleidigung, denkbar ist. Die Kommission empfahl die Privatklage über ihr jetziges Anwendungsgebiet hinaus, von Körperverletzungen und einfacher Sachbeschädigung abgesehen, bei Hausfriedensbruch, Bedrohung, und den Übertretungen StGB. § 370 Nr, 5, 6; und dem folgte der Entwurf (§ 377) unter Billigung der Reichstagskommission, aber unter erheblicher Vermehrung der Tatbestände (StGB. § 299, alle Vergehen gegen das Autorrecht)[1].

Unmöglich ist die Popularklage. Sie mag fortleben, wo sie durch lange Gewöhnung eingebürgert ist. Eine Übertragung auf Deutschland ist ausgeschlossen.

So kehre ich zurück zur Kritik unseres Rechts von jenen beiden Postulaten des Offizialprinzips und des Freiheitsgedankens aus.

V.

Die Notwendigkeit der Strafrechtspflege bedingt ohne weiteres Opfer des Einzelnen, eine gewisse Gebundenheit der Person des Verdächtigen. Er muß sich die Rolle des Angeklagten, die Ver-

[1] Dagegen sind die §§ 370 Nr. 5 und 6 gestrichen. Dabei spielte die Durchbrechung des Legalitätsprinzips eine Rolle.

setzung in den Anklagezustand mit allen aus ihm tatsächlich und rechtlich folgenden Nachteilen gefallen lassen. Doch suchen wir hier Schutz gegen grundlose Anklagen, gegen Voreingenommenheit, Oberflächlichkeit und Willkür durch den Grundsatz, daß der genugsame Verdacht, gleich den formalen Voraussetzungen des Prozesses (Hauptverfahrens), vom Gericht zu prüfen ist, daß also nicht, wie im Zivilprozeß, die nackte Behauptung des Angreifers (Klagenerhebung) zur Prozeßbegründung genügt, sondern der Richterakt das Hauptverfahren eröffnet. Erst damit ist „judicium publicum rite ordinatum"; vorher handelt es sich darum, ob diese ordinatio iudicii statthaft ist. Darin liegt ein starker Schutz der persönlichen Freiheit. Allein bereits im Stadium des Verfahrens „de ordinando iudicio" ist hier, wie im Zivilverfahren, Prozeß, haben wir einen Beschuldigten, den das Gesetz, wenn die Voruntersuchung beantragt und eröffnet ist, den „Angeschuldigten" zu nennen beliebt. Nur muß mit aller Entschiedenheit betont werden, daß, wie auch immer dieses Vorverfahren genannt und geführt wird, seine Form oder Formlosigkeit, insbesondere die Betätigung des Untersuchungsrichters schlechterdings kein Grund sein kann, um die Freiheit der Person, ihre Rechtsstellung als Partei zu schmälern. Dafür gibt es keine andere Begründung als die, daß andernfalls das Walten der Gerechtigkeit, die Feststellung der Wahrheit oder die eventuelle Strafvollstreckung vereitelt würde und daß solches ein größeres Übel wäre, als der Eingriff in die Rechte der Person. Hierbei kann es sich immer nur handeln um die Beweisverkümmerung durch Entziehen oder Verderben von Beweismitteln und um die Entziehung von Vollstreckungsobjekten, sei es des Vermögens, sei es der eigenen Person.

Das positive Recht legt dem Beschuldigten gemäß der Überlieferung die ausnahmslose Editionspflicht auf; er muß alles, was er an Beweismitteln hat, gegen sich selbst dem Gericht zugänglich machen und seine eigene Person als Augenscheinsobjekt edieren. Man durchsucht seine Person, seine Wohnung, seine Papiere, man

bemächtigt sich seiner, hält ihn fest, läßt ihn in einer Irrenanstalt beobachten. Das allerdings abgestuft. Jener Editionszwang besteht gegen den Verdächtigen als solchen auch vor der Beschuldigung bei Gefahr im Verzug; die Beobachtung in einer Irrenanstalt greift gemäß § 81 nur gegen den „Angeschuldigten" Platz. Die Festnahme des Verdächtigen ist generell wegen Fluchtverdachts zulässig — gleichviel, ob sich der Fluchtverdächtige der Bestrafung oder seiner Verwertung als Beweismittel entziehen will; die Untersuchungshaft aber findet nur gegen den dringend verdächtigen Angeschuldigten statt. An all dem ist nicht zu rütteln. Und so mag auch der umstrittene Haftgrund der drohenden Beseitigung von Beweismitteln durch Vernichtung von Verbrechensspuren oder Kollusion grundsätzlich berechtigt erscheinen. Ich halte ihn praktisch eher für schädlich als nützlich, und vertrat diese Meinung, nicht ohne Zustimmung, in der Strafprozeßkommission. Nur ist zu fordern, daß bei jedem derartigen Eingriff in die Freiheit und die Rechte der Person die mit der Sicherheit der Strafverfolgung vereinbaren engsten Grenzen innezuhalten sind. Das gilt insbesondere von der Haft. In diesem wichtigen Punkt überschreitet die Strafprozeßordnung das verständige Maß. Das ist unbestreitbar. Willkürlich und verwerflich wird der die Untersuchungshaft rechtfertigende Fluchtverdacht präsumiert in § 112 Abs. 2. Wie kommt man dazu, einen Angeschuldigten, der tatsächlich sich der Strafverfolgung nicht entziehen will, ohne weiteres der Freiheit zu berauben und ihn damit schweren persönlichen und wirtschaftlichen Nachteilen zu unterwerfen und seine Verteidigungskräfte zu lähmen. Derartiges ließe sich auch dann nicht rechtfertigen, wenn die gesetzlich gedrohte Strafe die schwerste wäre. Könnte doch gerade die drohende Untersuchungshaft den Unschuldigen und Gestellungsbereiten zur Flucht treiben. Daher wollte die Kommission den Abs. 2 § 112 gestrichen wissen. Wenn der Entwurf mit dem Vorbehalt folgte, daß Untersuchungshaft ohne weiteres verhängt werden darf, falls „nach den Umständen" voraussichtlich auf Tod oder Zuchthausstrafe oder andere Freiheitsstrafe von mehr als

einem Jahr erkannt werden wird, so ist das schon um des darin liegenden ungehörigen Präjudizes willen verwerflich.

Es wird, auch der befürworteten Einschränkung der Untersuchungshaft unerachtet, nach obigem dabei bleiben, daß die vielleicht ganz unverschuldete Tatsache des Verdachts dem Beschuldigten Zwang und Nachteile zuziehen, die dem Gedanken einer durchgreifenden sogenannten Parteiengleichheit Hohn sprechen. Um so entschiedener muß man ablehnen jede Maßregel, die das natürliche Parteirecht, zu hören und gehört zu werden, sich zu verteidigen und verteidigen zu lassen, verkümmert. Damit legen wir den Finger auf tiefe Wunden unserer Rechtspflegeordnung.

VI.

Die Maxime für das auf die Ermittelung des Tatbestandes gerichtete Verhalten der Staatsorgane muß sein das lautere Suchen nach Wahrheit mit sorgfältigem Vermeiden aller unsauberen Mittel des Überlistens, des Bedrängens, des Zwanges, der Entwaffnung: also die Wahrheitsforschung nicht um jeden Preis und immer nur im Lichte der Erkenntnis, daß nicht jedes Verbrechen bestraft werden muß und kann, und daß der Freispruch des nicht genugsam Überführten für den Staat nicht nur läßlich, sondern gerecht, dagegen der gesetzliche Mißbrauch der Machtmittel zur Überführung des Beschuldigten, vielleicht Unschuldigen, eine Todsünde ist. Mit solchen Todsünden ist das Gewissen der Justiz vergangener Jahrhunderte erdrückend belastet; ich erinnere noch einmal an die Folter, an die Entbindung von der Instanz mangels ausreichenden Unschuldsbeweises, an die völlige Rechtlosigkeit des Inquisiten.

Da ist nun das zunächst zu lösende Problem der gerechten Struktur des Strafprozesses das richtige Abwägen der Doppelnatur des Beschuldigten als Wahrheitserforschungsmittel und als Partei, man kann sagen: als Objekt und Subjekt. An diesem Problem hat sich der gemeinrechtliche Prozeß verblutet; ihm war der Inkulpat nur Sache, nicht Person. Um klar zu sehen, hat

man seine Eigenschaft als Beweismittel in ihrer Unabweisbarkeit und in ihrer durch die Parteieigenschaft bedingten Begrenzung festzuhalten.

Die Grenze liegt hier in dem Unterschied des Objektiven und Subjektiven. Jenes muß schlechthin dem Staat zugänglich sein, das Subjekt, die Persönlichkeit kann nicht nach einer Zweiseelentheorie dem Zwang unterworfen sein als Beweismittel und frei sein im Genusse der Parteirechte als Prozeßsubjekt. Hier ist Einheit und Unteilbarkeit: der Beschuldigte kann nur kraft eigener Entschließung Beweismittel sein. Konkreter gesprochen: sein Körper ist unentbehrliches Augenscheinsobjekt in seinen physischen und psychischen Eigenschaften. Er muß sich die Zwangsgestellung gefallen lassen, schon damit man seine Identität mit dem feststellen könne, den man in, vor oder nach der Tat gesehen hat, damit man die Spuren derselben an ihm untersuche, damit man seine Schuldfähigkeit durch Beobachtung seines Geisteszustandes ermittele. Darin ist er gleich der Sache oder der Person des Verletzten, in oder an der sich der inkriminierte Tatbestand verkörpert hat. Da ist er dem Auge des Gerichts unentziehbar. Da greift der Zwang in seine Parteirechte so wenig ein, wie seine Pflicht zur Lieferung anderer Augenscheinsobjekte oder Urkunden[1]. Ganz anders steht es mit dem Beschuldigten als Auskunftsperson, nicht als Gegenstand sinnlicher Wahrnehmung, mit dem Aufschluß seines eigenen Innern, dem Offenbaren seiner Wissenschaft.

Es ist ein oberstes Gesetz der Rechtspflege, daß die Partei nicht verpflichtet werden darf, gegen sich selbst zu zeugen. Es gibt für sie keine Wahrheitspflicht und es darf solche nicht geben,

[1] So läßt sich dann auch die Pflicht zur Selbstedition sub specie der Verpflichtung zur Lieferung gemeinschaftlicher Augenscheinsobjekte (documenta communia) im Zivilprozeß als Pflicht der Partei gegenüber dem Gegner begründen, — und so muß sie, in Ermangelung gesetzlicher Vorschrift, durch Analogieschluß aus der Urkundeneditionspflicht abgeleitet werden.

wenn man nicht in den Abgründen des alten gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses enden will. Wehe dem, der hier Moral und Recht verwechselt! Auf dem Gebiet des Zivilprozesses sind heute viele in solcher Irrung befangen. Sie reden mit der Wärme moralischer Entrüstung von Wahrheitspflicht und Verpönung der Prozeßlüge. Sie sehen nicht, daß doch auch im Zivilprozeß die Zeugnispflicht am eigenen Interesse ihre Grenze findet — und sie wollen, daß die Partei in Selbstverleugnung die Wahrheit sage, gegen sich selbst wüte. Das Sittengesetz fordert vom Schuldigen freiwilliges Bekenntnis und Buße. Das Rechtsgesetz kennt nicht einmal die Pflicht zur Aussage, geschweige denn die zur Wahrheit; und mit Zuchthaus bedroht es den, der „in einer Untersuchung Zwangsmittel anwendet oder anwenden läßt, um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen" (StGB. § 343). Die „Vernehmung" soll daher auch dem Beschuldigten nur „Gelegenheit zur Beseitigung der gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe und zur Geltendmachung der zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geben" (StPO. §§ 136, 242 Abs. 3). Man fragt ihn: „ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle". Es ist also sein gutes Recht, zu schweigen; er kann es ablehnen, sich als Auskunftsperson benutzen zu lassen. Andererseits ist seine Auskunft Beweismittel, und kaum in irgendeinem Punkte tritt der Gegensatz des Zivil- und Strafprozesses schärfer hervor als in diesem. Die Zivilparteien sagen nicht aus; sie behaupten; ihre Behauptungen sind Beweisthemata, nicht Beweismittel; es gilt der Satz „iudex iudicet secundum allegata et probata partium" oder auch „iudici fit probatio"; daher die Verteilung der Beweislast und der Beweise mit ihren künstlichen Prämissen und Schlußfolgerungen; daher die Feststellungskraft des Geständnisses. Nichts von alldem im Strafprozeß. Hier wird „untersucht" mit Ausnutzen aller Erkenntnisquellen. Im Mittelpunkt derselben steht die „corona probationum", das glaubwürdige Geständnis des Angeklagten, während die ihm günstige Selbstaussage zwar nicht aller Überzeugungskraft entbehrt, aber doch solche nur im

Zusammenhang mit den sonstigen entlastenden Umständen besitzt. Um so mehr ist Widerspruch zu erheben gegen jedes verstrickende Ausforschen und jeden psychischen Druck. Wie viel wird dagegen gefehlt! Hält doch der vernehmende Richter es oft recht eigentlich für seine Aufgabe, durch geschickte Fragen und Vorhalte, wohl auch durch Ermahnungen, Gewissensrührung und Hinweis auf Nachteile, die dem Inquisiten das hartnäckige Leugnen oder Schweigen, und umgekehrt auf Vorteile, die ihm das reumütige Geständnis bringen könnte, dieses herauszulocken. Hörten wir doch kürzlich noch aus dem Munde eines Vorsitzenden das Wort, er werde die schweigende Angeklagte schon zum Reden bringen. Und vernimmt nicht Untersuchungsrichter und Vorsitzender häufig in einem Ton, der kaum dem Überführten geschweige denn dem Beschuldigten gegenüber am Platz ist. Dabei hat man sich gegenwärtig zu halten, daß der Verhörte dem mit der Wucht der Obrigkeit handelnden Inquirenten nicht nur im Vorverfahren, sondern auch in der Hauptverhandlung preisgegeben ist, dort unter vier Augen, hier, weil niemand, auch nicht der Verteidiger, sich dazwischen stellen darf, man sogar dem Angeklagten verbietet, sich mit ihm vor der Antwort zu besprechen. Das sind Mißbräuche. Will man auch nicht so weit gehen, nach englischem Vorbild im Vorverfahren den Beschuldigten auf sein Recht zur Aussageweigerung und die Tragweite eines Geständnisses ausdrücklich hinzuweisen, so sollte man doch nicht die irrige Vorstellung einer Aussagepflicht täuschend ausnutzen. Hat man auch die Belastungsmomente zwecks Verteidigung oder die Entlastungsmomente zwecks Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Geständnisses vorzuhalten, so handelt man geradezu pflichtwidrig, wenn man durch Zureden oder Drohungen das Geständnis abzunötigen sucht. Insoweit gibt das Gesetz sicheren Boden. Die Parteistellung des Beschuldigten darf durch seine Eigenschaft als Auskunftsperson schlechterdings nicht verkümmert werden; ob er als solche dienen will, steht in seinem freien Belieben. Auf seine Parteirechte ist nunmehr einzugehen.

VII.

An erster Stelle steht das Recht zu hören. Man hat zu unterscheiden das Recht auf Akteneinsicht und auf Teilnahme an den prozessualen Vorgängen. Hierbei bleibt naturgemäß die Hauptverhandlung außer Betracht. Für sie gibt es gemäß ihrer heutigen kontradiktorischen Gestalt und Mündlichkeit keinerlei Heimlichkeit für keine Partei. Denn die Kautel des § 246 StPO. hat damit nichts zu tun. Eher kann man den Ausschluß des Angeklagten im Schwurgerichtsverfahren nach Übergabe der Fragen bis zur endgültigen „Kundgebung" des Wahrspruchs (StPO. §§ 301—313) eine ungerechte Heimlichkeit nennen; denn es sind nicht interne gerichtliche Dinge, die hier vorgehen, und das berechtigte Interesse des Angeklagten an der Kenntnis der „Kundgebung" und des Berichtigungsverfahrens liegt auf der Hand. Die engherzige Begrenzung des § 311 Abs. 2 StPO. entbehrt des hinreichenden Grundes.

Das Recht der Akteneinsicht kommt der Staatsanwaltschaft nach § 194 unumschränkt zu. Dem Beschuldigten dagegen sind die Akten schlechthin verschlossen. Für die staatsanwaltlichen erscheint das begreiflich; man kann dem Ankläger nicht zumuten, seine Karten dem Gegner aufzudecken. Anders steht es mit den richterlichen Akten, mögen sie solche der Voruntersuchung oder des ersuchten Richters sein. Hier ist die Heimlichkeit nur durch die erbliche Belastung mit inquisitorischen Vorurteilen zu erklären. Noch der berühmte canon „qualiter et quando" des IV. lateranensischen Konzils (cap. XXIV X de accusationibus V 1) sagt: „non solum dicta sed etiam nomina ipsa testium sunt ei (contra quem facienda est inquisitio), ut quid et a quo sit dictum appareat, publicanda"; erst der späteren Entartung des Inquisitionsprozesses war es vorbehalten, den Richter zu dem Prozeßtaktiker zu machen, der durch Hinterhaltigkeit den Verdächtigen fängt und überlistet. Und so ist's auch jetzt. Abgesehen von der Akteneinsicht des Verteidigers und dem Recht des Be-

schuldigten auf Anwesenheit bei gewissen Tatbestandserhebungen bleibt ihm das Untersuchungsmaterial in Dunkel gehüllt. Von der Verteidigung ist später die Rede, aber wie immer man sie behandelt, es gibt keinerlei Rechtfertigung dafür, daß man der Partei das ihr Wohl und Wehe betreffende richterliche Untersuchungsmaterial vorenthält. Die nachträgliche Parteiöffentlichkeit in der Hauptverhandlung und die Mitteilung der Anklageschrift (§ 199) vermögen das nicht wett zu machen. Und die formalen Bedenken gegen die Akteneinsicht bedeuten deshalb nichts, weil es sich nicht um solche im Wortsinn, sondern um die Eröffnung des Untersuchungsmaterials, gleichviel in welcher Form, handelt. Daher hat die Kommission für die Reform des Strafprozesses den weisen Vorschlag gemacht, daß im Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaft vor Einreichung der Anklageschrift dem Beschuldigten die Gesamtheit der von ihr gesammelten Beweise zur Erklärung vorhalten soll, soweit es nicht schon bei seiner Vernehmung geschehen ist, und zweitens, daß das gleiche der Untersuchungsrichter vor dem Schluß der Voruntersuchung zu tun hat (Beschlüsse 125, 136). Aber man darf weiter gehen und die Akteneinsicht schlechthin dem Beschuldigten selbst, der die für den angemessenen Gebrauch dieses Rechts erforderlichen Eigenschaften besitzt und Garantien bietet, unter schützenden Kautelen gestatten. Man denke sich einen ehrenhaften, rechtskundigen Mann als Angeschuldigten! — Doch steht die Aktenöffentlichkeit, auch so gedacht, naturgemäß in zweiter Linie hinter der eigentlichen Parteiöffentlichkeit, dem Recht, den richterlichen Ermittelungshandlungen beizuwohnen.

Hier handelt es sich um ein zweifaches: das Recht zu hören und gehört zu werden; will sagen: auf die richtige und volle Ermittelung einzuwirken. Das Gesetz eröffnet solches Recht im Verfahren vor der Hauptverhandlung (§§ 167, 191 f., 222 f.). Der Beschuldigte darf der richterlichen Augenscheinnahme und den Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen beiwohnen, die in der Hauptverhandlung voraussichtlich nicht oder wegen großer Entfernung nur beschwerlich erscheinen können (§§ 191, 167).

Aber auch das nur mit Vorbehalt. Ist seine Benachrichtigung vom Termin — geladen wird er nicht — verzögerlich, so kann sie unterbleiben; und ist er nicht auf freiem Fuß, so hat er das Recht auf Anwesenheit nur, wenn der Termin an der Gerichtsstelle des Haftortes stattfindet. Vertagung wegen seiner Verhinderung kann er nicht beanspruchen. Ein Einfluß auf die Beweisaufnahme durch Anträge, Befragung u. dergl. steht ihm nicht zu. Und bei der unter Expertise stattfindenden Beaugenscheinigung darf er seine Sachverständigen bringen (§ 193). Wozu all dieser verkümmernde Kleinkram! Muß nicht, um zunächst bei § 193 stehen zu bleiben, das gleiche Recht dem Beschuldigten auch dann zugestanden werden, wenn gerichtliche Sachverständige der Zeugenvernehmung beiwohnen oder selbst vernommen werden? Und warum nicht die Anwesenheit oder doch das Recht auf sie, wenn sie nicht die Untersuchung unzulässig verzögert oder ihren Zweck (§ 192) gefährdet? Liegt sie doch im Interesse der Wahrheit und wird sie doch tatsächlich häufig durch Transport des inhaftierten Angeschuldigten an den Ort des Augenscheines erzwungen. — Es ist aber überhaupt nicht einzusehen, weshalb nur unter den Voraussetzungen des § 191 Abs. 2, § 222 der Vorgang dem Beschuldigten zugänglich sein und er im übrigen im Dunkeln tappen und seine Verteidigung erschwert werden soll. Will man nicht den Untersuchungsrichter zum Überführungsrichter machen, so muß man grundsätzlich die Parteiöffentlichkeit bei allen richterlichen Ermittelungshandlungen gestatten. Das hat mit bemerkenswerter Bestimmtheit die Kommission in ihrem einstimmig gefaßten Beschluß Nr. 138 zu § 191 gefordert: „es soll bestimmt werden, daß der Staatsanwaltschaft, dem Angeschuldigten und dem Verteidiger auf Verlangen die Anwesenheit bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen auch dann zu gestatten ist, wenn die in § 191 Abs. 2 bezeichneten besonderen Voraussetzungen nicht vorliegen," und: „die Staatsanwaltschaft, der Angeschuldigte und der Verteidiger sollen berechtigt sein, den Zeugen und Sachverständigen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, welche

zur Aufklärung der Sache und der Verhältnisse der Zeugen und Sachverständigen dienlich sind. Über die Zulassung einer Frage soll der Untersuchungsrichter entscheiden; Beschwerde findet nicht statt“ [1]. Das Gleiche soll (Beschluß Nr. 123 zu § 167) für die richterlichen Vernehmungen im Ermittelungsverfahren gelten. So auch der Entwurf § 168. Aber hier, wie im Kommissionsbeschluß ist auszusetzen, daß die Verklausulierung: „wenn nicht zu befürchten sei, daß der Untersuchungszweck gefährdet werde,“ geeignet ist, die „Gestattung“ illusorisch zu machen. Muß man doch davon ohnedies bei voraussichtlich endgültiger Vernehmung (StPO. §§ 191, 222, 223) Abstand nehmen. Also fort mit dem ängstlichen Vorbehalt! Der Ausschluß des Beschuldigten, falls seine Anwesenheit die Aussagefreiheit des Zeugen beeinträchtigt (StPO. § 246, Entwurf § 168 Abs. 3), muß genügen. Taktische Bedenken, die Befürchtung, daß der anwesende Beschuldigte den Überführungsplan durchschauen und dadurch zu schlauen Gegenzügen veranlaßt werden könnte, haben keine Berechtigung. Stellt man sich auf den Standpunkt einer derartig erweiterten Parteiöffentlichkeit, so ergibt sich ohne weiteres die Aktenöffentlichkeit für alle von jener ergriffenen Untersuchungshandlungen.

VIII.

Besonderer Erörterung bedarf die Verteidigung. Das Recht, gehört zu werden, ist das elementarste Parteirecht, nur um seinetwillen besteht das Recht, zu hören. Der Beschuldigte muß jederzeit seine Anträge stellen dürfen und für seine Verteidigung das richterliche Ohr haben. Erst im Abwehrrecht kommt die Parteienstellung voll zum Ausdruck. Hier gibt es keinen bindenden Verzicht. Das Recht auf den Beistand eines rechtskundigen Verteidigers ist nur ein Ausfluß dieses Abwehrrechts und das naturgemäße Korrelat der Rechts- und Machtstellung des berufsmäßig geschulten Offizialanklägers. Aber Zulassen oder Aufzwingen einer

[1] Dazu die Protokolle der StP.Kommission, Bd. I 176 f., II 93 f.

Verteidigung hat mit der Struktur des Strafprozesses, dem Zweiparteienverhältnisse oder auch nur der Parteistellung des Beschuldigten nichts zu tun; zum mindesten wäre es ein starker Irrtum, hier einen logisch zwingenden ursächlichen Zusammenhang zu suchen. Diesem Irrtum ist Kries verfallen. Er sieht im Verteidiger einen Vertreter, der an Stelle des Beschuldigten rechtswirksam handele und, da die Person als Beweismittel unvertretbar sei, nur gedacht werden könne, soweit man den Beschuldigten als Prozeßsubjekt, als handelnde Partei gelten lasse. Damit wird der entscheidende Gesichtspunkt völlig verschoben. Der Verteidiger kann wohl zugleich Vertreter sein, aber an sich ist er Rechtsbeistand, Advokat, Fürsprech, nicht Anwalt. Und diesem seinem Wesen entspricht es ebensosehr, wenn er neben dem rechtlosen, zur Sache degradierten Inquisiten, als wenn er neben dem mit Parteirechten ausgerüsteten Angeklagten steht. Daher kennt ihn nicht weniger der formell und materiell inquisitorische, wie der formell akkusatorische Prozeß, und läßt sich dieser wie jener ohne Verteidiger denken. Durantis formuliert die allgemeine Regel „in inquisitione bene admittimus defensorem", die im kanonischen Inquisitionsprozeß und seiner Verbildung festgehalten wird. Die Carolina unterscheidet wohl Verfahren auf Anklage und von Amtswegen, aber gleichmäßig behandelt sie den Fürsprech in bezug auf seine Zulassung (Art. 88), die Erlaubnis seines Verkehrs mit dem Gefangenen (Art. 73, 14) und seine Aufgabe (Art. 90). Die gemeinrechtlichen Juristen fordern die Verteidigung in den schwersten Straffällen, und auch die auf der gemeinrechtlichen Grundlage ruhenden Prozeßgesetze regeln sie in weitem Umfang[1].

Demgegenüber bedeutet das französische Recht keinen erheblichen Fortschritt und erst in neuerer Zeit gelangt es zu sorgfältiger und freierer Behandlung der Verteidigung. Der englische

[1] Die Geschichte der Verteidigung harrt noch immer der exakten wissenschaftlichen Bearbeitung.

Prozeß zieht ihr keine Schranke, kennt aber nicht ihre Notwendigkeit. Ein innerer Zusammenhang der Vertretung und Verteidigung besteht nur insofern, als selbstverständlich zulässige Vertretungsmacht die Verteidigung einschließt. Im übrigen beweist der Ausschluß der ersteren bei Zulässigkeit der letzteren ihre völlige Unabhängigkeit voneinander. Überall, wo die Beweismittelqualität des Beschuldigten mitspricht, überall also, wo die „Untersuchung" sich indirekt gegen ihn richtet oder doch durch solche Mitwirkung gefördert werden kann, erfordert grundsätzlich das Verfahren seine Gegenwart. Daher grundsätzlich keine Vertretungsmöglichkeit in der Hauptverhandlung. Das Verfahren gegen Abwesenden oder Ausbleibenden oder vom Erscheinen Befreiten ist und bleibt eine Besonderheit, die nur durch die eigentümliche Sachlage gerechtfertigt werden kann. So steht es nach unserem geltenden Recht.

Es hat sich hiermit unwiderleglich ergeben, daß die Verteidigung nicht ein Produkt der Formalkonstruktion des Prozesses, insbesondere des Zweiparteienverhältnisses ist. Sie setzt wohl den Angegriffenen und insofern die „Partei" voraus, aber sie folgt nicht aus der formalen Parteienstellung, vielmehr entspringt sie im tiefsten Grunde der Erkenntnis, daß im Für und Wider, im Erschöpfen der Gründe zugunsten und zuungunsten der Beschuldigung am sichersten der Zweck der Untersuchung, die Wahrheit und das gerechte Urteil erreicht wird, und daß es nur erreicht wird, wenn das Für und Wider verschiedenen Funktionären zugewiesen ist. Letzteres aus demselben Grund, aus dem die Strafverfolgung und die Aburteilung verschiedenen Organen übertragen werden. Über die psychologische Inkompatibilität der einen und der anderen Tätigkeit darf das einheitliche Ziel der Gerechtigkeit nicht hinwegtäuschen. Und noch weniger berechtigt ist die Vorstellung, daß Staatsanwalt und Gericht, da sie allem einseitigen Parteiinteresse abgewendet nur der Gerechtigkeit dienen, eine formelle Verteidigung entbehrlich machen. Und das, so stark man auch in der Verteidigung einen objektiven Gerechtigkeitsdienst betonen mag. Wohl steht der Verteidiger im Gegensatz zum Vertreter unabhängig

von den Weisungen des Beschuldigten, ist er berechtigt und verpflichtet zum Beistand wider dessen Willen, aber immer doch nur zum Beistand. Er arbeitet für, nie gegen den Verfolgten; er hat nie „schuldig" zu plädieren, wenn auch nicht „unschuldig" wider Wahrheit und Gewissen. Er ist Helfer und Vertrauensmann, daher unter Strafe zur Verschwiegenheit verbunden (StGB. § 300) und vom Zeugnis befreit (StPO. § 52 Nr. 2). Er ist Parteigehilfe, also in seinem Gerechtigkeitsdienst nie eigentlich objektiver, unparteiischer Funktionär des Gesetzes. Es kann ihm nicht beikommen, gleich dem Staatsanwalt, Beweise für und wider seinen Klienten zu sammeln, Anträge für und wider ihn zu stellen. So darf man sagen, daß erst im Verteidiger die berechtigten Abwehrinteressen des Beschuldigten wahrhaft frei werden; denn in ihm erscheint seine Parteirolle rein ohne die sie in der Person des Beschuldigten beeinträchtigende, ja mitunter erdrückende Beimischung der Eigenschaft als Beweismittel und eventuelles Vollstreckungsobjekt. So und nicht anders hat schon die Carolina die Stellung der Fürsprecher gedacht, wenn sie ihnen Art. 88 vorschreibt: „dieselben sollen bei jren eyden die gerechtigkeyt und warheyt auch die ordnung dieser unser satzung fürdern und durch keinerley geverlichkeyt mit wissen und willen verhindern oder verkern; das soll jn also durch den Richter bei jren pflichten bevohlen werden." Wäre die Verteidigung derart frei entwickelt schon im Inquisitionsprozeß von hohem und unerschöpflichem Wert gewesen, so ist sie es vollends heute. Nur sie vermag eine Art Waffengleichheit herzustellen zwischen dem mächtigen, rechtskundigen öffentlichen Ankläger und dem Verfolgten.

Im vorstehenden haben wir zugleich den Schlüssel für das Problem der Organisation der Verteidigung. Sie muß frei sein und doch die Gewähr der technischen und moralischen Befähigung, der Gerechtigkeit, Wahrheit und Loyalität bieten. Der nicht fern liegende Gedanke eines öffentlichen Verteidigungsamtes, das dem staatsanwaltlichen gegenübergestellt wird, ist undurchführbar. Hier ist, wie ich schon zeigte, kein wirklicher Parallelismus; der Ver-

teidiger als rein objektiver Funktionär des Gesetzes ist nicht nur psychologisch, sondern auch grundsätzlich undenkbar. Ein Parallelismus wäre nur zu erreichen, wenn man dem Staatsanwalt die reine Anklagefunktion zuwiese. — Aber auch die Amtsstellung verträgt sich nicht mit des Verteidigers Aufgabe und Bestellung. Will man, wie das Bürgerliche Gesetzbuch es tut, jeden durch Staatsakt übertragenen und durch öffentliche Fürsorge bestimmten Pflichtenkreis ein „Amt" nennen, wie beispielsweise Vormundschaft oder Pflegschaft, so möchte man freilich zum mindesten dem bestellten Verteidiger ein Amt zuschreiben. Allein er wäre um deswillen noch nicht Beamter und es könnte an eine staatliche Organisation nicht gedacht werden. Endgültig aber scheitert solche Auffassung an der unumstößlich festzuhaltenden Ordnung der Verteidigerwahl, die der Verteidigerbestellung vorgeht und sie ausschließt. Sie scheitert daran, daß der Verteidiger Vertrauensmann des Beschuldigten sein soll. Mit einer staatsamtlichen Aufgabe bildete er nur ein neues Element zur Nullifizierung des Beschuldigten. Der Gedanke eines staatlich organisierten Verteidigungsamtes ist demnach schlechthin von der Hand zu weisen. Die Verteidigung muß eine ars liberalis sein und bleiben. Das ist der verständige Standpunkt unseres Rechts.

Aber mit der Freiheit allein ist es nicht getan. Die Heilsamkeit der Institution hängt ab von der oben geforderten Gewähr. Sie ist von entscheidender Bedeutung. Die Vertrauenswürdigkeit sowohl nach der Seite des Staates wie des Beschuldigten ergibt den Maßstab für den Wert der Verteidigung; das Mißtrauen von hier oder dort läßt sie verkümmern: in der Gesetzgebung durch karge Verwertung und ängstliche Einschränkung ihrer Rechte; in der Praxis durch Geringschätzung, schädliche Zurückhaltung des Beschuldigten und durch dem Verfahren höchst abträgliche Konflikte zwischen dem Verteidiger und den Staatsorganen. Darauf werde ich später eingehen.

Wie aber sichern wir uns die Vertrauenswürdigkeit? Nach geltendem Recht (§ 138 StPO.) lediglich dadurch, daß der Ver-

teidiger Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an deutscher Hochschule sein muß oder, wenn er es nicht ist, seine Wahl der Genehmigung des Gerichts bedarf und er im Falle notwendiger Verteidigung einen zweiten Verteidiger genannter Qualität neben sich haben muß; doch sind auch nicht als Richter angestellte Justizbeamte und „Rechtskundige", die die erste Justizprüfung bestanden haben, bestellbar (§ 144 Abs. 2). Dazu die Substitutionsbefugnis des § 139. Solches mag zur Übung der Referendare nützlich sein; aber mangels ihrer erforderlichen Schulung und Erfahrung ist es sachlich nicht gerechtfertigt; ein Angeklagter ist kein corpus vile, an dem man experimentieren darf. Im übrigen haben wir bei der bestehenden Organisation der Rechtsanwaltschaft alles nur von ihrer Selbsterziehung und Selbstzucht zu erwarten. Genügt das? Man wird rückhaltlos verneinen können und doch einräumen müssen, daß eine Abhilfe äußerst heikel ist. Wenn man, wie ich meine, die Rechtsanwaltsordnung in ihren Grundzügen intakt läßt, dann wird zunächst durch stärkere Spezialisierung und fachmännische Ausbildung eine leistungsfähigere Verteidigerschaft zu entwickeln sein. Dabei wäre von Wert, wenn der Staat in Verallgemeinerung des § 150 StPO. die Gebühren nicht nur des bestellten, sondern auch des Wahlverteidigers übernähme, wo immer die Verteidigung zweckentsprechend erscheint[1]. Es würde damit dem öffentlichen Interesse an der Verteidigung angemessen Rechnung getragen und die erforderliche wirtschaftliche Basis für die Ausbildung eines tüchtigen Verteidigerstandes gestärkt. — Die moralischen Eigenschaften einer ersprießlichen Verteidigung erwarten wir in erster Linie von der allgemeinen Ehrenhaftigkeit des Standes und seiner Selbstzucht. Aber jeder Kundige weiß, daß es damit allein nicht getan ist. Die Person des Rechtsanwalts kann gesetzlich unangreifbar sein und dennoch könnte eine gewisse Skrupellosigkeit oder auch falsche Auffassung der Aufgabe oder Übereifer ihn zu weit führen und der Sache schädlich werden.

[1] Die jetzige Beschränkung ist ohne jede innere Berechtigung.

Es liegt auf der Hand, daß hier mit der Selbstdisziplin nach den Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung oder der Prozeßdisziplin nach GVG. § 180 nicht geholfen ist. Der folgerichtige Ausbau der Verteidigerstellung führt auf die Nothilfe durch gerichtliche Remotion. Ist der Verteidiger bestellt oder seine Wahl genehmigt, so erscheint es logisch begründet, daß der Bestellende oder Genehmigende, wenn er sich ersichtlich vergriffen hat, aus triftigem Grund die Bestellung muß zurückziehen können. Aber es handelt sich um Remotionsmöglichkeit auch beim Wahlverteidiger. Sie folgt aus Zweck und Wesen der Verteidigung und es stehen ihr keine durchschlagenden Gründe, weder aus Rücksicht auf den Anwaltsstand, noch auf die Parteirechte des Beschuldigten entgegen. Das Interesse des Anwaltsstandes erheischt nur, daß nicht ohne genügenden oder zwingenden Grund removiert wird, dagegen nicht, daß offenbar mißbräuchliche und den Stand kompromittierende Verteidigung fortgeführt wird. Man denke sich ein unerlaubtes Beeinflussen von Zeugen oder Sachverständigen, das Beseitigen von Augenscheinsobjekten, das Bestimmen des Angeklagten zu wahrheitswidrigem Leugnen. Rücksicht auf die Parteirechte ist schon deshalb bedeutungslos, weil Verteidigung nicht Vertretung ist, und das Recht der freien Wahl des Verteidigers ihre naturgemäße Korrektur erfährt, wenn dieser sich Dinge erlaubt, die mit der ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Aufgabe unverträglich sind. Gewählter und bestellter Verteidiger müssen hierin gleichstehen. Selbstverständlich wären die Remotionsgründe gesetzlich festzustellen und Fürsorge für eine objektive Handhabung des Remotionsrechts zu treffen, denn der Gefahr eines Mißbrauches etwa ab irato oder zur Beseitigung unbequemer Verteidiger oder aus parteipolitischen Motiven ist zu begegnen. Dazu empfiehlt sich das Erfordernis der Einstimmigkeit des removierenden Gerichts und eine nicht suspensive Beschwerde an einen gemischten Gerichtshof, der beim Oberlandesgericht und in Reichsgerichtssachen beim Reichsgericht zu bilden wäre aus der gleichen Zahl von

Richtern und Anwälten unter dem Vorsitz eines Senatspräsidenten[1].

Die Bewertung der Verteidigung zeigt sich in ihrer gesetzlichen Verwertung. Das geltende Recht schätzt sie, von offenbarem Mißtrauen beseelt, niedrig genug ein. Bei allgemeiner Zulassung kennen wir eine Verteidigung, die im Interesse gerechter Rechtspflege schlechthin geboten ist, so daß sie ohne Einfluß der Willkür des Beschuldigten oder Diskretion des Gerichts für „notwendig" erklärt wird. So nur in allen Schwurgerichts- und erstinstanzlichen Reichsgerichtssachen und in den landgerichtlichen dann, wenn der Angeschuldigte taub oder stumm oder noch nicht sechzehn Jahre alt ist (§ 140 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1). Dazu gesellt sich § 81 Abs. 2 StPO. Hier ist absoluter Verteidigungszwang[2], wenn auch nicht notwendig amtliche gerichtliche Bestellung; bestellt wird der Verteidiger nur, wenn er nicht gewählt wird (§ 140 Abs. 3). In Ermangelung des Verteidigers ist, wie aus § 145 erhellt, eine Hauptverhandlung unstatthaft. Aber das Gleiche gilt, wie noch zu berühren ist, auch in anderen Fällen. Im übrigen läßt uns das Gesetz sowohl über die Bedeutung der „Notwendigkeit" der Verteidigung, wie über den Zeitpunkt ihres Eintritts im unklaren; weder § 140 Abs. 3 noch § 142 geben darüber genügenden Aufschluß. Am nächsten steht diesem notwendigen Verteidiger der nach § 141 von Amtswegen bestellte, also aufgedrungene Verteidiger; doch ist er ein notwendiger deshalb nicht, weil es auch ohne ihn geht. Das Gericht braucht ihn nicht zu bestellen, und so auch dann nicht, wenn die Bestellung beantragt ist. Dagegen spricht das Gesetz wiederum von Notwendigkeit im landgerichtlichen Verbrechensfall (§ 140 Abs. 2 Nr. 2),

[1] Erwägenswert erscheint die Frage, ob nicht dem Beschuldigten das Recht zuzugestehen wäre, die Entfernung des bestellten Verteidigers wegen Pflichtwidrigkeit oder Vertrauensunwürdigkeit zu fordern.

[2] Anders gedacht als der Anwaltszwang im Zivilprozeß. Er bedeutet nur Ausschluß der Postulationsfähigkeit, also der Parteiaktivität, aber nicht Ausschluß des Verfahrens gegen die Partei, die es unterläßt, sich den Anwalt zu bestellen.

obschon die Verteidigung vom Antrag abhängig, also insoweit nicht unerläßlich, oder nur zufolge dieses Antrag unerläßlich ist. Das alles ist ja unlogisch und unklar. Allein nicht diese technische Unvollkommenheit interessiert hier, sondern die Unzulänglichkeit, mit der die Verteidigung verwendet wird.

Man darf als geltendes Recht den Satz formulieren: die Verteidigung ist entbehrlich außer in den Fällen § 140 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, denn in allen anderen Fällen kann sie im Einklang mit dem Gesetz fehlen, mag die Wahl oder Bestellung unterbleiben. Das ist nicht zu billigen. In Verallgemeinerung der Nr. 1 des Abs. 2 § 140 sollte die Verteidigung immer notwendig sein, sobald dem Beschuldigten die Fähigkeit zur angemessenen Wahrnehmung seiner berechtigten Interessen fehlt, insbesondere dann, wenn ihm solche durch Inhaftierung verschränkt wird. Denn durch nichts kann er hilfloser und mehr zur Sache in der Hand des Gerichtes werden, als durch die Untersuchungshaft. Der Entwurf der Strafprozeßordnung und die Beschlüsse der Kommission des Reichstags 1909/1911 haben dem in folgender Form Rechnung zu tragen gesucht: § 140 Abs. 2: „Ein Verteidiger soll bestellt werden, wenn der Beschuldigte infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen, insbesondere weil er taub oder stumm ist, nicht befähigt erscheint, sich selbst zu verteidigen;" Abs. 3 (Komm.Entw.): „ein Verteidiger soll auch dann bestellt werden, wenn die Verteidigung des Beschuldigten nach Lage des Falles dadurch besonders erschwert erscheint, daß er sich nicht auf freiem Fuß befindet." Und das muß, wie in allen Fällen der notwendigen Verteidigung, rechtzeitig geschehen. Es genügt nicht, daß der Verteidiger, wie StPO. § 142 sagt, schon während des Vorverfahrens bestellt werden kann; er muß spätestens mit der Eröffnung der Voruntersuchung da sein, nach Lage der Sache schon vor der Erhebung der öffentlichen Klage[1]. Denn

[1] Entw. § 139 schreibt in Reichs- und Schwurgerichtsfällen die Bestellung „alsbald nach Eröffnung der Voruntersuchung" vor, während die Kommission die Anhängigkeit der Sache bei Gericht (vgl. § 174) als den

jeder amtliche Vorgang, der möglicherweise dem Verdächtigen abträglich ist, soll in die richtige Bahn gelenkt werden.

Ist nun die Verteidigung eine durch die Natur der Sache und demnach durch das öffentliche Interesse in vielen Fällen gebotene Ergänzung der Rechtsstellung der Partei, so darf sie nicht durch Ängstlichkeit und Mißtrauen verkümmert werden. Die Vertrauenswürdigkeit des Verteidigers ist nach Kräften zu erstreben, nicht das Mißtrauen gegen ihn zu legalisieren. Unser Gesetz aber ist ein Gesetz des Mißtrauens und der Ungerechtigkeit. Es übersieht völlig, daß es sich um Verteidigungspflichten, nicht nur um Verteidigungsrechte handelt.

Das Gesetz redet von dem, wozu der Verteidiger „befugt" sei, was ihm „gestattet" oder „zu gestatten" sei; aber nicht davon, was ihm obliegt. Und doch kommt es darauf an. Man erklärt die Verteidigung für „notwendig"; aber ob der mit ihr Betraute das zu ihr Notwendige tut, darum kümmert man sich nicht; da mag sich der Beschuldigte regen. Im Gegenteil, man empfindet es vielleicht angenehm, wenn der Verteidiger nicht eifrig Akteneinsicht begehrt oder wenn er sich bei Beweisaufnahmen vor der Hauptverhandlung nicht einstellt. Man läßt es genügen, wenn er seine Wissenschaft aus dieser schöpft und wünscht wohl gar, daß er nicht mit Beweisanträgen unbequem werde. Das widerspricht dem Geist des Gesetzes; es widerspricht dem Wesen der Verteidigung, mag sie notwendig sein oder nicht, der Verteidiger bestellt oder gewählt sein. Seine Rechte sind Pflichten. Er ist um der gerechten Rechtspflege willen, nicht, damit dem maßgebenden Willen des Beschuldigten oder gar des Verteidigers Genüge geleistet werde. Er soll sich auf jedwede legale Weise über den Sachverhalt informieren und nach seinen Kräften auf dessen Feststellung zugunsten des Klienten und auf entsprechende Entscheidung hinwirken. Darüber darf das Gesetz keinen Zweifel

---

maßgebenden Zeitpunkt behandelt. Entw. § 140 gestattet vor der Erhebung der öffentlichen Klage (Komm.Entw. vor der Anhängigkeit der Sache) die Bestellung.

lassen. Aber in welcher Form und mit welchen Mitteln hat das zu geschehen? Die etwaige zivile Haftung gegenüber dem Klienten ist praktisch nahezu bedeutungslos. Dagegen ist mit der Revokabilität der Wahl und der eventuellen Remotion wegen offenbarer Pflichtwidrigkeit zu rechnen. Ferner ist die imperative an die Stelle der permissiven Form zu setzen, wo es sich um sogenannte Verteidigungsrechte handelt. Der Verteidiger *hat* den Beweisaufnahmen des vorbereitenden Verfahrens beizuwohnen; er *hat*, wo immer es durch das Interesse der Verteidigung geboten erscheint, die Akten einzusehen, die erforderlichen Anträge zu stellen usw. Danach darf es in § 191 Abs. 5 nicht heißen: „auf die Verlegung eines Termins wegen Verhinderung hat der zur Anwesenheit berechtigte Verteidiger kein Recht," sondern: „die Verlegung eines Termins wegen Verhinderung darf nur unterbleiben, wenn es im Interesse der Untersuchung geboten erscheint." Und entsprechend muß in § 147 dem Gericht die Eröffnung der Akten von Amtswegen, dem Verteidiger deren Einsicht zur Pflicht gemacht werden. Schon diese Andeutungen zeigen, wie in ganz anderer Weise als bisher grundsätzlich die Verteidigung auszugestalten ist. Allein wichtiger noch ist die Erweiterung der Verteidigungsrechte.

Nichts ist, wenn man Verteidigung haben will, selbstverständlicher, als daß alles Belastungsmaterial, das ganze irgendwie erhebliche Ergebnis der Ermittlungen dem Verteidiger offen liegt. Wie weit sind wir davon entfernt! Während der Voruntersuchung besteht die Aktenöffentlichkeit für den Verteidiger nur nach dem Ermessen des Gerichts. Zwar soll ihm Einsicht in die gerichtlichen Untersuchungsakten gestattet sein, soweit „das ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes geschehen kann" (§ 147 Abs. 2); allein das Kriterium ist völlig subjektiv. Ein Recht auf Einsicht ist nur in den Fällen des § 147 Abs. 3 gesichert. Im sonstigen Vorverfahren ist auch davon keine Rede; denn da gibt es wohl gerichtliche Untersuchungshandlungen, aber nur staatsanwaltliche, nicht gerichtliche Untersuchungsakten, selbst in den Fällen des § 164. Einen, wenn auch schwächlichen

Fortschritt wollte der Entwurf, wenn er ausnahmsweise die Einsicht in einzelne Aktenstücke zu versagen gestattete, falls sie den Untersuchungszweck gefährden könnte, während nur die Aktenstücke des § 147 Abs. 3 unterschiedslos offen gelegt sein sollten.

Im wesentlichen Gleiches befürwortete bereits die Expertenkommision, wennschon sie als entscheidend betonte die gefährdende Kenntnis des Angeschuldigten oder die Kenntnis des Verteidigers im Interesse desselben. Dabei ging man davon aus, daß der Anwalt seinem Klienten zur Mitteilung seiner Aktenkenntnis verbunden sei[1].

Das alles erscheint als ein ataviſtischer Rest unberechtigter inquisitorischer Taktik. Daß die staatsanwaltlichen Akten dem Beschuldigten und seinem Verteidiger verschlossen bleiben, so lange sie nicht zum Bestandteil der gerichtlichen geworden sind, wird dem, der die Parteieigenschaft des öffentlichen Klägers betont, ohne weiteres einleuchten. Wie aber kommt das Gericht zu so hinterhaltigem Verfahren? Heißt es nicht ausdrücklich, daß der vernehmende Richter dem Beschuldigten „Gelegenheit geben solle zur Beseitigung der gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe und zur Geltendmachung der zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen"? Kann das redlich und wahrhaft geschehen mit Verheimlichung der Belastungszeugen und ihrer Aussagen? Ich habe bereits oben darauf hingewiesen, wie selbst der kanonische Inquisitionsprozeß sich hier zu voller Offenheit bekennt. Und ist es nicht einer der berechtigtsten und schwersten Vorwürfe, die man gegen dessen Verbildung, den mittelalterlichen und gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß erhebt, daß er jene selbstverständliche Vorschrift preisgegeben oder doch bis zum Schluß des Verfahrens verschoben hat? — Niemand wird einer *jederzeitigen* Einsicht der Akten das Wort reden; sie muß mit dem Gang der Untersuchung verträglich sein. Aber das Unterdrücken gerichtlicher Vorgänge gegen-

[1] Die Aktenöffentlichkeit wurde auch im Ermittlungsverfahren für die gerichtlichen und polizeilichen Protokolle über die Vernehmungen des Beschuldigten und die Gutachten Sachverständiger befürwortet (Bd. I S. 126).

über dem Verteidiger kann durch nichts — auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß es nicht definitiv erfolge, vielmehr mit dem Schluß der Voruntersuchung und im Hauptverfahren mit voller Offenheit verfahren werde. Das gerichtliche aktenmäßige Belastungsmaterial darf unter keinem Vorwand, auch in der Voruntersuchung nicht der Verteidigung vorenthalten werden.

Konform der Aktenheimlichkeit geht der Ausschluß der Verteidigung von gerichtlichen Untersuchungshandlungen; — nur gesellt sich hier zur Unkenntnis des Geschehenen die Unmöglichkeit der Einwirkung auf das Geschehen. Daß solche ausgeschlossen werden muß, wenn sie wider den Untersuchungszweck verstößt. versteht sich von selbst, aber das geltende Recht legt hier ohnedies den Verteidiger lahm. Es gibt für ihn ein Recht der Teilnahme nur bei der Augenscheinnahme (§§ 191 Abs. 1, 167) und der Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen, deren Erscheinen in der Hauptverhandlung voraussichtlich verhindert oder wegen großer Entfernung erschwert sein wird (§§ 191 Abs. 2, 167 f., 222), — und das ohne Unterschied, ob es sich um einen Belastungs- oder Entlastungszeugen handelt und wer die Vernehmung beantragt hat; ohne Rücksicht ferner darauf, ob durch die Teilnahme der Untersuchungszweck gefährdet wird. Tritt nun der Fall des § 250 Abs. 1 unvorhersehbar ein, so wird mit einem Beweisprotokolle gearbeitet, bei dessen Entstehung der Verteidiger ausgeschlossen war. Und welch tieferer Grund läßt sich überhaupt für die Unterscheidung von voraussichtlich definitiven und nur präparatorischen Vernehmungen im Vorverfahren anführen. Die letzteren sollen ihren Zweck doch nicht nur im Hauptverfahren, sondern auch vor demselben erfüllen. Der Entwurf § 168 gab nach dem Vorgang der Kommission für die Reform des Strafprozesses[1] dem Beschuldigten und dem Verteidiger das Recht, den richterlichen Vernehmungen der Zeugen und Sachverständigen beizuwohnen, „soweit nicht — aus aktenmäßig zu machenden Gründen —

[1] Vgl. Beschluß Nr. 134 zu § 191, Protokolle Bd. I S. 176 f., II S. 93.

zu befürchten ist, daß es den Zweck der Untersuchung gefährde", — und ohne diese Beschränkung, falls die Vernehmung voraussichtlich die endgültige ist. Dabei soll Parteiengleichheit herrschen, der Ausschluß des Beschuldigten und Verteidigers die des Staatsanwalts nach sich ziehen. Das Fragerecht wird gewahrt, § 192 StPO. bleibt unberührt. Gewiß ein unverkennbarer bedeutender Fortschritt. Denn erst solche Parteiöffentlichkeit zieht die Tätigkeit des Untersuchungsrichters ans Licht, stellt sie unter die unerläßliche Mitwirkung der Parteien und sichert die Verteidigung. Aber der hier wiederkehrende Vorbehalt: „soweit nicht zu befürchten ist, daß es den Zweck der Untersuchung gefährde", stellt alles wieder ins Ungewisse und zwar mit der Folge heterogenen Verfahrens, je nachdem der Untersuchungsrichter fürchtet oder nicht fürchtet. Das hat um so weniger Sinn, als bei der voraussichtlich endgültigen Vernehmung jenes Sicherheitsventil doch ausgeschaltet werden muß. Auch hier gilt es, mit der hinterhaltigen Prozeßtaktik endgültig zu brechen und ohne Furcht die Parteiöffentlichkeit einzuräumen.

Auch bei der Vernehmung des Beschuldigten, die jetzt den eigentlichen Burgfried der einseitigen, geheimen, inquisitorischen Tätigkeit des Richters bildet (StPO. §§ 190 Abs. 2, 167), muß die Anwesenheit des Verteidigers und dementsprechend des Staatsanwalts freigegeben werden, und nicht nur — wie der Entwurf § 167 will — nach dem Ermessen des Richters, sondern lediglich unter den Kautelen, die benachteiligende Einflüsse ausschließen. Es bedarf keiner Worte, daß es den Beteiligten freistehen muß, eine Unterredung mit dem Untersuchungsrichter unter vier Augen zu fordern; tatsächlich bleibt's bei solcher, wenn der Verteidiger fehlt. Der Ausschluß des Staatsanwalts und des Verteidigers muß ferner dem Richter gestattet sein, wenn von der einen oder anderen Seite störend in die Vernehmung eingegriffen wird oder die Annahme begründet erscheint, daß der Beschuldigte sich in ihrer Gegenwart nicht freimütig äußern werde. — Gleicherweise ist bei Zeugenvernehmungen der § 192 StPO. auf den Verteidiger entsprechend anzuwenden, alles unter Aktenöffentlichkeit der Ver-

nehmungen des Beschuldigten und der Zeugen. Das pflichtwidrige, ordnungswidrige Verhalten des Verteidigers wird — ähnlich wie nach § 246 StPO. — der richterlichen Korrektur, gegebenenfalls durch Ausschluß von der Verhandlung zu unterwerfen sein: und pflichtwidrig wäre jeder Versuch einer Beeinflussung der Zeugen. Als ultimum remedium bleibt die Remotion wegen Vertrauensunwürdigkeit.

Zu der hiermit geforderten angemessenen Ausgestaltung der Verteidigerrechte gesellt sich die notwendige Reform der Grundsätze über seinen Verkehr mit dem Beschuldigten. Auf ihm ruhen schwere Schatten des traditionellen Mißtrauens. Zwar sagt § 148 Abs. 1 StPO., daß schriftlicher und mündlicher Verkehr des verhafteten Beschuldigten mit dem Verteidiger gestattet sei, allein die folgenden Bestimmungen (§ 148 Abs. 2 und 3) nehmen, was die allgemeine Regel gibt; denn vor dem Hauptverfahren kann der Richter den Schriftverkehr von seiner Einsicht in denselben abhängig machen und den Unterredungen, falls nicht lediglich wegen Fluchtverdachts verhaftet ist, eine Gerichtsperson beiordnen. Es ist bekannt, daß die Aussicht auf die Anwendung dieser Kontrollmaßregeln den Verkehr vor dem Hauptverfahren lähmt oder ausschließt. Und doch ist ohne ihn eine zweckentsprechende wirksame Verteidigung, insbesondere deren unerläßliche Vorbereitung für die Hauptverhandlung in vielen Fällen unmöglich, — zumal die Untersuchungshaft dem Beschuldigten die Hände bindet. Und welch ein Widerspruch: das Gesetz erklärt — im Interesse der Rechtspflege — die Verteidigung für notwendig, bestimmt die für sie geeigneten Personen und lähmt sie zugleich durch seine vom Mißtrauen diktierten Vorsichtsmaßregeln. Es muß unumwundenes Vertrauen des Beschuldigten zum Verteidiger wünschen und schließt solches durch jene Kautelen aus. Wenn auch vereinzelt der freie Verkehr zu Durchstechereien und Kollusionen führen sollte, so wäre solch Übel unvergleichlich leichter zu tragen, als der Verderb der Verteidigung durch unbegründete Ängstlichkeit. Man schreckt die vertrauenswürdigsten Elemente des Anwalt-

standes von der Verteidigung zurück, statt sie durch Vertrauen heranzuziehen. Man erschwert die Feststellung der Wahrheit, statt sie zu fördern. Man übersieht, daß die Freiheit des Verkehrs mit dem Verteidiger das einzige Mittel ist, um die Härte der nicht selten grundlosen Untersuchungshaft einigermaßen auszugleichen. Man vergißt, daß das Bestreben, jede denkbare Vereitelung der Strafverfolgung auszuschließen, den Verderb des gemeinrechtlichen Prozesses verursacht hat. Gegen eklatante Mißbräuche hilft der Widerruf der Genehmigung und die Remotion des Verteidigers.

Auf Grund derartiger Erwägungen hatte die Expertenkommission nach längerem Meinungsstreit und anfänglicher Ablehnung sich zu § 148 dahin schlüssig gemacht: es solle schriftlicher und mündlicher Verkehr — unter Wegfall der Absätze 2 und 3 § 148 — unbeschränkt sein mit der Maßgabe, daß vor der Anordnung der Hauptverhandlung schriftliche Mitteilungen dem Richter oder Gefängnisvorstand persönlich übergeben oder mit einem Begleitschreiben des Verteidigers übersendet werden müssen. Auffallenderweise machte der Entwurf die alten Vorbehalte unter der Voraussetzung tatsächlich begründeter „Annahme, daß der Beschuldigte den Verkehr mit dem Verteidiger mißbrauche, um durch Vernichtung von Spuren der Tat und durch Beeinflussung von Zeugen oder Mitschuldigen die Ermittlung der Wahrheit zu erschweren". Aber angesichts solchen Mißbrauches wird der Verteidiger entweder zum Begünstiger und muß dann rücksichtslos removiert werden oder er widersteht und tut seine Pflicht, indem er jedes solches Ansinnen zurückweist oder das auf eine Anstiftung berechnete Schriftstück dem Gericht übergibt. In dem einen wie in dem anderen Falle bedarf es keinerlei Überwachung des Verkehrs. Also gebe man ihn frei und laufe um des Segens ungehemmter Verteidigung willen die Gefahr vereinzelten Mißbrauchs. Ihm begegnet man am sichersten und heilsamsten, wenn man, wie ausgeführt, mit allen Kräften die Vertrauenswürdigkeit des Verteidigerstandes erstrebt.

Weltliches und geistliches Recht.

Von

Rudolph Sohm.

✝

Lieber Freund!

So unendlich Vieles habe ich Dir zu danken: in meinem akademiſchen, in meinem wiſſenſchaftlichen, in meinem perſönlichen Leben. Auch dieſes danke ich Dir, daß Du mich veranlaßt haſt, eine Bearbeitung des Kirchenrechts zu verſuchen. Der gewaltige Stoff hat mich immer mehr in ſeine Kreiſe gezogen. Dem erſten Bande hätte ſchon längſt der zweite folgen ſollen. Aber je weiter ich in der Arbeit kam, je größer wurde die zu löſende Aufgabe. Der zweite Band ſoll Dir gewidmet ſein. Er wird hoffentlich im Laufe des nächſten Jahres erſcheinen. Einen Ausſchnitt aus ihm überreiche ich Dir heute zu Deinem Jubeltage. Eigentlich zu ſpät. Aber die folgenden Blätter konnten nicht druckreif gemacht werden, bevor nicht die Arbeit am Ganzen einigermaßen zum Abſchluß gebracht war.

Du biſt vom Strafrecht zu den höchſten Fragen unſerer Wiſſenſchaft vorgedrungen. Auch vom Boden des Kirchenrechts aus muß der Verſuch des Aufſtiegs zum Gipfel gemacht werden. Mit dem Streben wirſt Du jedenfalls einverſtanden ſein und nachſichtig beurteilen, was Dir als Freundſchaftszeichen und Dankesgabe darbringt

Dein

Rudolph Sohm.

Leipzig, am 30. Dezember 1913.

Inhalt.

Seite

§ 1. Der Begriff des Rechts 5
§ 2. Weltliches Recht 17
§ 3. Geistliches Recht 20
§ 4. Wesen des kanonischen Rechts 22
§ 5. Das kanonische Recht und der Rechtsbegriff 28
§ 6. Der Standpunkt der lutherischen Reformation 43

§ 1.

Der Begriff des Rechts.

Die „genossenschaftliche Rechtstheorie" hat heute die Herrschaft. Ihr Inhalt lautet: jede „organische Gemeinschaft" besitzt die Kraft der Rechtserzeugung, jede „Gemeinschaftsordnung" ist Rechtsordnung [1].

---

[1] v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 S. 119: „zur Rechtserzeugung befähigt ist jede organische Gemeinschaft." Friedberg in seiner Deutschen Zeitschr. f. Kirchenr., Bd. 8 S. 1: „Organisation ist Rechtsbildung." Friedberg, Kirchenr., 6. Aufl. § 2: Recht bedeutet einen Inbegriff von Normen, welcher „innerhalb eines Kreises von Menschen deren Zusammenleben ordnet". Dove in Richter, KR. 8. Aufl. § 3 Anm. 1: die der Kirche unentbehrlichen Ordnungen „sind mit Rücksicht auf die begriffsmäßige Aufgabe des Rechts überhaupt als Rechtsordnung zu charakterisieren"; „Recht überhaupt und staatliches Recht fallen nicht zusammen". Kahl, Lehrsystem des Kirchenrechts, Bd. 1 S. 51 ff.: „Gemeinschaftsordnung" ist gleichbedeutend mit „Rechtsordnung"; Recht ist „der Inbegriff der das Gemeinleben von Menschen beherrschenden Regeln". Schön, Das Ev. KR. in Preußen, Bd. 1 S. 5 in der Anm.: Das äußere Leben der Kirche wird einer menschlichen Ordnung unterstellt, die, „weil sie Normen über ein menschliches Gemeinleben enthält, als Rechtsordnung anzusprechen ist". In jüngster Zeit ist namentlich Stutz mit großem Nachdruck für die „genossenschaftliche Rechtstheorie" eingetreten. Insbesondere in seiner akademischen Rede: Die kirchliche Rechtsgeschichte (1905). Dort heißt es S. 11: „Das Recht ist nicht ein Erzeugnis nur des Staates"; „die genossenschaftliche Rechtstheorie genießt heute fast allgemeine Anerkennung"; S. 40: Gierkes Lehre, daß Recht alle Normen sind, „die nach der erklärten Überzeugung einer Gemeinschaft das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen" und daß folgeweise „jede organische Gemeinschaft zur Rechtserzeugung fähig ist", muß vorbehaltlos gebilligt werden. Diese Sätze werden regelmäßig beweislos aufgestellt. Eine gründlichere Auseinandersetzung unternimmt nur Bierling. Er definiert in seiner Schrift: Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, S. 19: Recht ist „alles, was Menschen, die in irgendwelcher Gemeinschaft miteinander leben, als Norm und Regel dieses Zusammenlebens wechselseitig anerkennen". Dazu Bierling in Doves Zeitschr. f. KR., Bd. 10 (1871) S. 442 ff., Bd. 13 (1876) S. 256 ff. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2 Teile 1877, 1883. Aber auch Bier-

Gewiß: das Recht ist eine Ordnung menschlichen äußeren Gemeinlebens (Gemeinschaftsordnung). Eine ganze Reihe von Eigenschaften hat das Recht darum mit jeder Gemeinschaftsordnung, d. h. mit jeder Ordnung eines zu überindividueller Dauer bestimmten äußeren Verbandes gemeinsam. Diese Eigenschaften gilt es zunächst herauszustellen.

Gleich jeder Gemeinschaftsordnung dient das Recht der Erhaltung der Gemeinschaft, der es entspringt, durch gemeinschaftgestaltende (organisatorische), Machtbefugnisse und Pflichten verteilende Vorschriften. Durch die Vereinsordnung erhält sich der Verein, durch die staatliche Rechtsordnung erhält sich der Staat. Der Einzelne ist dieser Gemeinschaftsordnung, der Vereinsordnung, der staatlichen Rechtsordnung, um dieser Gemeinschaft willen untertan: ohne diese Ordnung würde diese Gemeinschaft untergehen. Das Interesse der Gemeinschaft siegt durch das Mittel der Gemeinschaftsordnung über das im Sonderfall vielleicht widerstrebende Interesse des Einzelnen.

Jede Gemeinschaftsordnung, und so auch die Rechtsordnung, nimmt ferner als Ordnung nur des Gemeinlebens lediglich das äußere Verhalten des Einzelnen in Anspruch. Jede Gemeinschaftsordnung (so auch die Rechtsordnung) hängt an dem Er-

---

ling gibt in seinen eingehenden Ausführungen an Stelle einer Begründung nur eine Auseinandersetzung des Inhalts seiner Meinung. Im Hintergrunde dieser bei unseren Kirchenrechtslehrern durchaus gemeinverbreiteten Auffassung steht das kanonische Recht der mittelalterlichen Kirche, welches als ein von der Kirche genossenschaftlich erzeugtes „kirchliches Recht" gedacht wird. Einige Kirchenrechtslehrer vertreten allerdings den anderen Standpunkt, daß „immer nur das, was vom Staat als solches geschützt wird", Recht im juristischen Sinne sei. So Meier, Rechtsleben der deutschen evangelischen Landeskirchen (1889), S. 65; dazu Meier, KR., 3. Aufl. (1869) § 6, und in Doves Zeitschr. f. KR., Bd. 11 S. 278 ff. Ebenso v. Schulte, Gesch. u. Quellen des kanon. Rechts, Bd. 1 (1875) S. 32, 33; Thudichum, Deutsches KR. des 19. Jahrh., Bd. 1 (1877) S. 6. Zorn, KR., S. 3. Aber dieser Standpunkt, daß „immer", also begrifflich Recht und staatliches Recht zusammenfalle, ist angesichts der geschichtlich gegebenen Tatsache des mittelalterlichen kanonischen Rechts unhaltbar. Es bleibt also anscheinend nur die Möglichkeit der „organischen Rechtstheorie".

folge, daß diese Gemeinschaft erhalten werde. Dazu ist ein bestimmtes äußeres Verhalten der Gemeinschaftsangehörigen notwendig und genügend. Darin beruht der Gegensatz des Rechtsgesetzes wie jeder Gemeinschaftsordnung zum sittlichen Gesetz. Das äußere Verhalten aber kann erzwungen werden und muß als zur Erhaltung der Gemeinschaft notwendig erzwungen werden, soweit die Zwangsmittel der Gemeinschaft reichen. Dem dient der Vollstreckungszwang, der Strafzwang, vor allem der mit jeder Gemeinschaftsordnung verbundene Geltungszwang (vgl. unten). Der Zwang ist keineswegs das besondere Kennzeichen der Rechtsordnung. Jede Gemeinschaft zwingt mit den ihrer Organisation zuständigen Kräften. Der Ausschluß aus einem Verein kann unter Umständen härter treffen als manche Rechtsstrafe. Immer ist in jeder Gemeinschaft der Zwang nur von begrenzter Wirkungskraft. Aber ohne Zwang keine Selbstbehauptung der Gemeinschaft gegenüber dem einzelnen.

Als Ordnung des Gemeinlebens ist endlich jede Gemeinschaftsordnung, ebenso auch die Rechtsordnung, eine Ordnung um der Ordnung willen. Die Erhaltung der Gemeinschaft ist an erster Stelle nur davon abhängig, daß eine Ordnung sei. Die Frage nach dem Inhalt der Ordnung, so bedeutsam sie auch für die Leistungsfähigkeit der Ordnung ist, steht, im Verhältnis zu dem Bedürfnis nach Ordnung überhaupt, in zweiter Reihe. Darum muß jede Gemeinschaftsordnung, folgeweise auch die Rechtsordnung, eine äußerlich vorgeschriebene Ordnung sein, die als solche zu befolgen ist, als eine gemeingültige Ordnung, die grundsätzlich verbindlich ist ohne Rücksicht auf die Lage des Einzelfalles (summum jus summa iniuria). Dann ist jedenfalls Ordnung. Schlechthin freies Ermessen der Beteiligten für den Einzelfall würde die Aufhebung jeglicher Ordnung bedeuten. Die etwa sachlich unzutreffende Wirkung der Gemeinschaftsordnung für diesen Sonderfall muß und soll mit in den Kauf genommen werden um des Bestandes der Gemeinschaft, d. h. um der Ordnung als solcher willen. Jede Gemeinschaftsordnung, ebenso die

Rechtsordnung beruht deshalb auf der Vergangenheit und bewegt sich in geschichtlich entwickelten mehr oder minder allgemein lautenden Sätzen, durch welche im voraus die Entscheidung einer gewissen Zahl von Fällen vorgeschrieben ist.

Dadurch vollendet sich der Gegensatz des Rechtsgesetzes (wie jedes Gemeinschaftsgesetzes) zum sittlichen Gesetz. Für das sittliche Leben gibt es keine überlieferte Formel, kein für eine Reihe von Fällen allgemein gefaßtes dialektisch zu entwickelndes Gesetz, welches nach Art der katholischen Moralisten kasuistisch auszulegen und anzuwenden wäre. Die „Gesetze" der Sittlichkeit (das Gebot der Gottesliebe, der Nächstenliebe) sind in Wahrheit nur eine Anleitung zur Befreiung vom „Gesetz", zur Entwicklung der Persönlichkeit im Sinne des sittlichen Ideals. Die alleinherrschende Großmacht des sittlichen Lebens ist die in jeder Lebenslage deutlich redende Stimme Gottes im Gewissen. Das sittliche Gebot ist verbindlich durch seinen, die innerliche Zustimmung mit Naturgewalt fordernden Inhalt und bestimmt sich immer ausschließlich nach der Gegenwart, d. h. nach der Lage dieses Einzelfalles. Das die Gemeinschaft ordnende Gesetz aber, und ebenso das Rechtsgesetz, muß als gemeingültiges Gesetz verbindlich sein ohne Rücksicht auf gegenwärtige Zustimmung des einzelnen. Das heißt: es ist von formaler, auf bestimmten Vorgängen der Vergangenheit beruhender und nur in bestimmten Formen zu beseitigender gemeingültiger Verpflichtungskraft und übt dadurch für alle seine Sätze den (über das Gebiet des Straf- und Vollstreckungszwanges weit hinausgehenden) Geltungszwang, der von dem Wesen des Rechtsgesetzes wie jedes Gemeinschaftsgesetzes unzertrennlich ist. Das von der Vergangenheit in bestimmter Form hervorgebrachte Gesetz gilt für das Urteil darüber, was dem Wesen der Gemeinschaft gemäß, was ihm zuwider ist. So gilt jeder Rechtssatz (bis zu seiner formrichtigen Aufhebung) aus formalen Gründen (d. h. zwingend) für die Entscheidung der großen Frage, was recht und was unrecht ist. Der Geltungszwang steht jedem Rechtssatz (wie jedem Satz einer Gemein-

schaftsordnung) zur Seite. Er ist viel mächtiger als der Straf- und Vollstreckungszwang. Er bestimmt das Urteil der Rechtsgenossen (der Gemeinschaftsgenossen) und damit das Urteil dessen selber, der durch den Rechtssatz (den Satz der Gemeinschaftsordnung) verpflichtet ist[2]. Die Macht des früher in bestimmten Formen (Statut, Gesetz, Gewohnheit) Gewordenen kommt in der Rechtsordnung wie in jeder Gemeinschaftsordnung zum Ausdruck. Die Vergangenheit erscheint als die unparteiische Richterin für die Fragen der Gegenwart. Was in der Vergangenheit als Ordnung des Gemeinlebens siegreich durchgedrungen ist, erscheint als das dem Wesen der Gemeinschaft entsprechende Gesetz. Es muß beobachtet werden, damit eine Ordnung sei, bis eine neue Ordnung Kraft gewonnen hat, die formalen Erfordernisse der Rechtsänderung und damit der eigenen Rechtsgeltung zu erfüllen.

In allen bisher besprochenen Stücken hat jede Gemeinschaftsordnung die gleiche Art wie die Rechtsordnung: sie geht auf äußeres Verhalten, sie erstrebt zwangsweise Durchsetzung, sie gilt kraft formal verbindlicher Tatsachen der Vergangenheit. Ist folgeweise, wie von so vielen behauptet wird, jede Gemeinschaftsordnung Rechtsordnung?

Außer Zweifel steht, daß es unmöglich ist, schlechthin lediglich der staatlichen Gemeinschaft rechtserzeugende Kraft beizulegen. Die Tatsache, daß es im Mittelalter ein nicht vom Staat erzeugtes kanonisches Recht gegeben hat, stellt unbestreitbar klar, daß das Recht nicht begrifflich mit staatlichem Recht zusammenfällt. Daher wiederum die Frage: Ist jede Gemeinschaftsordnung Rechtsordnung?

---

[2] Es ergibt sich, daß es nicht zutreffend ist, wenn v. Scheurl in Doves Zeitschr. f. KR., Bd. 12 S. 55 und ebenso Kahl, Lehrsystem des Kirchenrechts, Bd. 1 S. 86, je nach der Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Vollstreckungs- bzw. Strafzwanges von „vollkommenem" und „unvollkommenem" Recht sprechen. Das sog. „unvollkommene" (keinen Rechtsnachteil androhende) Gesetz erzeugt kein unvollkommenes Recht. Auch die lex imperfecta bedeutet kraft des Geltungszwanges einen vollkommenen „echten Rechtssatz", Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 2. Aufl. 1890, S. 63 ff.

Daß diese Frage trotz alledem zu verneinen ist, beweist die gesellschaftliche Sitte.

Auch die gesellschaftliche Sitte ist eine Ordnung äußeren menschlichen Gemeinlebens, welche alle soeben besprochenen Eigenschaften, die einer Gemeinschaftsordnung als solcher zukommen, mit der Rechtsordnung teilt und doch nach allseitigem Einverständnis keine Rechtsordnung darstellt. Auch die gesellschaftliche Sitte geht nur auf äußeres Verhalten[3]. Sie ordnet den geselligen Verkehr innerhalb der verschiedenen Gesellschaftskreise, verteilt Ansprüche und Verbindlichkeiten (des geselligen Verkehrs), übt äußeren Zwang (durch Ausschluß von der Verkehrsgemeinschaft), der häufig mächtiger ist als der Rechtszwang, und schöpft ihre Geltung aus der Überlieferung, aus in der Vergangenheit hervorgebrachten Gesetzen, die, geradeso wie die Rechtsgesetze, durch formale Gründe erzeugt und wiederum beseitigt werden. Auch die gesellschaftliche Sitte dient der Erhaltung menschlicher Gemeinschaft (der Gemeinschaft geselligen Verkehrs), und um des Bestandes dieser Gemeinschaft willen erzeugt sie die Unterordnung des einzelnen. Alles genau so wie bei der Rechtsordnung[4]. Und doch fällt die gesellschaftliche Sitte nicht unter den Rechtsbegriff.

Folglich: nicht jede Gemeinschaftsordnung ist Rechtsordnung.

Warum ist uns die gesellschaftliche Sitte kein Recht? Weil sie uns nicht durch sich selbst, nicht unbedingt, nicht selbstherrlich, nicht ohne weiteres, d. h. nicht kraft unseres sittlichen Wesens verpflichtet. Die gesellschaftliche Sitte ist eine verschiedene je

---

[3] Wenngleich in dem Gedanken, daß gesellige Gemeinschaft eine Gemeinschaft auch der Gesinnung fordert und daß durch bestimmte Formen äußeren Benehmens eine gewisse Höhenlage innerer Entwicklung als gewährleistet erscheint (daher die nahe geschichtliche Verwandtschaft der gesellschaftlichen Sitte mit der Sittlichkeit). Aber erfüllt wird die Vorschrift der Sitte durch die äußere Form als solche, wie auch die Gesinnung sei.

[4] So paßt denn auch z. B. Bierlings Definition vom Recht („alles, was Menschen, die in irgendwelcher Gemeinschaft miteinander leben, als Norm und Regel dieses Zusammenlebens anerkennen") genau auch auf die gesellschaftliche Sitte, ebenso die übliche Begriffsbestimmung: „Gemeinschaftsordnung ist Rechtsordnung." Vgl. oben Anm. 1.

nach den Kreisen der Gesellschaft. Sie gilt nur für den, der diesem Kreise angehören will. Sie ist eine bloße „Konventionalregel", nur bedingt gültig, nur für den gültig, der sich ihr aus freien Stücken unterwirft. Konventionalregel ist keine Rechtsregel[5].

Das ist wennmöglich noch deutlicher im Fall der Vereinssatzung. Die Vereinsordnung nähert sich der Rechtsordnung in noch höherem Grade als die gesellschaftliche Sitte, weil sie Ordnung nicht bloß einer „organischen", sondern einer organisierten Gemeinschaft ist und deshalb die Eigenschaft einer rechtlichen Ordnung empfangen kann (durch Anerkennung seitens der Rechtsordnung). Aber auch die Vereinsordnung ist eine bloße Konventionalordnung. Sie ist keine in sich selber ruhende, durch sich selbst (selbstherrlich) verpflichtende, den einzelnen auch ohne seinen Willen ergreifende Ordnung. Sie gilt nur für den, der sich ihr in Freiheit unterworfen. Darum gilt die Vereinssatzung nur gemäß der Rechtsordnung, nicht als Rechtsordnung. Die Vereinssatzung ist keine Rechtsquelle. Die Rechtsgeltung der Vereinssatzung ist nicht ursprünglicher, sondern nur abgeleiteter Natur. Sie besteht kraft anderweit begründeter Rechtsordnung. Widersprechen die Vereinssatzungen oder sonstige Vereinsbeschlüsse dem staatlichen Recht, so sind sie vom Standpunkt der Rechts-

[5] Das ist die wichtige Tatsache, die Stammler herausgestellt hat. Als unbedingt geltende „selbstherrlich" bindende Regel des sozialen Lebens unterscheidet sich das Recht von der gesellschaftlichen Sitte, ebenso von der Vereinssatzung, d. h. von der bloß bedingt geltenden „Konventionalregel". Vgl. Stammlers Schriften: Die Theorie des Anarchismus (1894); Wirtschaft und Recht (1896, 2. Aufl. 1906); Die Lehre vom richtigen Rechte (1902); in Hinnebergs Kultur der Gegenwart, Systematische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1913, S. 1 ff.; Theorie der Rechtswissenschaft (1911), S. 90 ff. Am letztangeführten Orte S. 113 lautet die Begriffsbestimmung: Recht ist „das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen". Stammler ist der erste, der hier das Richtige gesehen hat. In kirchenrechtlichen Kreisen aber ist bis jetzt von der durch ihn gewonnenen Erkenntnis kein Gebrauch gemacht worden. Aber gerade die kirchenrechtliche Betrachtung ist nach meiner Ansicht imstande, die sachliche Begründung der von Stammler vertretenen hochbedeutenden Gedankenreihe zu vollenden.

ordnung nichtig. Auch wenn sie von den Vereinsgenossen als gültig angesehen und befolgt werden (z. B. im Falle eines verbotenen Vereins), besitzen sie dennoch von geltenden Rechts wegen nicht etwa innervereinsmäßige, sondern gar keine Rechtsgeltung. Die „bürgerliche" (staatliche) Ungültigkeit der Vereinssatzung ist mit rechtlicher Ungültigkeit gleichbedeutend. Vereinsbeschlüsse und Vereinssatzung haben keine souveräne, selbstherrliche Geltung. Sie gelten nur, soweit sie von der staatlichen (im Mittelalter von der landrechtlichen) Rechtsordnung freigegeben sind. Vereinsordnung als solche ist keine Rechtsordnung.

Konventionalregel ist keine Rechtsregel. Gewillkürte Gemeinschaft ist keine Rechtsquelle. Die Ordnung einer gewillkürten Gemeinschaft hat keine Rechtsgeltung durch sich selbst.

Rechtsquelle ist nur solche Gemeinschaft, welche ursprüngliche rechtserzeugende Kraft besitzt, deren Gemeinschaftsordnung selbstherrlich durch sich selber rechtlich geltende Ordnung ist, die deshalb ihre Gemeinschaftsordnung als Rechtsordnung hervorbringt, unabhängig von jeder anderen Gemeinschaft. Nur die selbstherrliche Gemeinschaft ist Rechtsquelle. Und umgekehrt: nur ursprüngliche rechtsbildende Kraft (Rechtsquelle), nur das ist Selbstherrlichkeit (Souveränetät). Das Wesen der Souveränetät beruht nicht in der Fülle der Gewalt, sondern in der Macht der Rechtsbildung. Die Ordnung einer selbstherrlichen Gemeinschaft ist durch sich selber Rechtsordnung. Die von einer selbstherrlichen Gemeinschaft zwecks ihrer Erhaltung hervorgebrachte Befehlsgewalt ist in sich selber ruhende selbstherrliche, d. h. obrigkeitliche Gewalt. Wo Rechtsquelle, da ist Obrigkeit. Und umgekehrt: wo Obrigkeit, da ist Rechtsquelle. Obrigkeit ist aus eigener (ursprünglicher) Kraft rechtlich verpflichtende Befehlsgewalt. Alles das ist nur in einer Zwangsgemeinschaft möglich.

Selbstherrliche, obrigkeitlich verfaßte, den einzelnen ohne Rücksicht auf seinen freien Entschluß unterwerfende Gemeinschaft ist mit der sittlichen Freiheit der Einzelpersönlichkeit in Wider-

spruch, sofern nicht solche Gemeinschaft durch die sittliche Freiheit selber gefordert ist[6]. Selbstherrliche Gemeinschaft ist nur und kann nur sein die dauernde (den einzelnen überdauernde) sittlich notwendige äußere Gemeinschaft, also die äußere Gemeinschaft, welcher der einzelne um seines sittlichen Wesens willen angehören muß, der er darum eingeordnet und untergeordnet ist kraft des Zwanges, der aus den Lebensnotwendigkeiten seiner eigenen Menschenpersönlichkeit hervorgeht. Die Gemeinschaft, welche den Menschen zum Menschen, die „blonde Bestie" zur sittlichen Persönlichkeit macht, ist die sittlich notwendige Gemeinschaft. Die ihrer Erhaltung dienende Ordnung ist sittlich notwendige Gemeinschaftsordnung. Nicht in dem Sinne, daß jedesmal der gesamte Inhalt dieser Gemeinschaftsordnung sittlich notwendig wäre, aber in dem Sinne, daß Geltung dieser Ordnung sittlich notwendig ist, damit eine Ordnung sei. Sie zwingt gleich jeder Gemeinschaftsordnung. Aber sie zwingt nicht bloß. Sie befreit. Sie macht das Dasein erst zum Menschendasein. Sie hat darum weit höhere Gewalt als bloß äußerlich wirkende Zwangsgewalt. Ihre Ordnung ist durch sich selber von sittlich verpflichtender Kraft. Das bedeutet, daß sie Rechtsordnung ist, denn das ist es, was das Recht von jeder anderen Gemeinschaftsordnung unterscheidet, daß das Recht durch sich selbst nicht bloß äußerlich, sondern im Gewissen verpflichtet, daß der Geltungszwang der Rechtsordnung (vgl. oben S. 8), welcher den Zuwiderhandelnden ins Unrecht setzt, in dem sittlichen Wesen des Menschen begründet ist. Darum ist Rechtsordnung keine bloße Konventionalordnung. Sie verpflichtet nicht bloß den, der sich ihr unterwarf. Sie bestimmt selber, wer ihr zugehörig ist, und gilt für jeden Zugehörigen, ihn innerlich verpflichtend, ohne Rücksicht auf seine Einwilligung. Sie leitet ihre Geltung nicht von ihm und seiner Willkür ab. Sie bedarf überhaupt keiner weiteren Verpflichtungsgründe. Sie ist von ureigener, ursprünglicher Geltungskraft. Warum?

[6] Daß es solche Gemeinschaft gibt, sieht der Anarchismus nicht.

Weil sie als solche, als Ordnung, wie unvollkommen auch ihr Inhalt sei, von unbedingtem sittlichen und darum den einzelnen schlechthin bindenden Wert ist. Denn sie erhält diese Gemeinschaft, ohne welche der Mensch nicht vollauf Mensch zu sein vermag.

Gewiß, auch die sittliche Verpflichtung zum Rechtsgehorsam gegen solche Ordnung besteht nicht kraft formulierbaren, buchstäblich geltenden, gleichmäßige Anwendung fordernden Gesetzes. Auch diese sittliche Pflicht kann im Einzelfall anderen höheren sittlichen Pflichten weichen müssen (man soll Gott mehr gehorchen als den Menschen)[7]. Aber es bleibt die Tatsache, welche das ganze Wesen der Rechtsordnung ausdrückt, daß das Recht, obgleich nur Gemeinschaftsordnung und folgeweise nur auf äußeres (unter Umständen erzwingbares) Verhalten gerichtet, doch durch sich selber sittlich verpflichtet, so daß die ihr entspringende Ordnung selbstherrliche Ordnung, die ihr entspringende Befehlsgewalt obrigkeitliche Gewalt darstellt.

Die Rechtsregel ist keine Konventionalregel. Die Recht schaffende Gemeinschaft ist keine Willkürgemeinschaft. Darum muß die von solcher Gemeinschaft geschaffene Ordnung, die Rechtsordnung, eine gerechte Ordnung sein. Hier begegnet uns die Tatsache, welche den vollen Beweis für die Richtigkeit der im vorigen entwickelten Gedankenreihe in sich trägt.

Nur an die Rechtsordnung stellen wir die Forderung der Gerechtigkeit. Gerade davon hat das Recht seinen Namen.

---

[7] Bierling, Prinzipienlehre, Bd. 1 S. 64 beruft sich auf den Satz, daß man Gott mehr gehorchen muß als den Menschen, um die sittlich verpflichtende Kraft der Rechtsordnung zu bestreiten; unter Umständen sei vielmehr Widerstand gegen die Rechtsordnung sittliche Pflicht. Aber der Widerstreit sittlicher Pflichten, der in solchem Fall besteht, bestätigt lediglich den Grundsatz der sittlich verpflichtenden Kraft auch des Rechts. Jede sittliche Pflicht kann im Einzelfall durch eine stärkere sittliche Pflicht aufgehoben werden, zum Zeichen dessen, daß für das sittliche Gebiet kein allgemeines „Gesetz", sondern immer allein die Lage des Einzelfalles entscheidet. Kein in Worte gefaßtes Sittengesetz hat ausnahmslose Geltung. Das gilt auch von dem Sittengesetz, welches zum Rechtsgehorsam verpflichtet („gebet dem Kaiser, was des Kaisers ist" — aber auch „Gott, was Gottes ist").

Es will und soll das Rechte, das Gerechte sein. Die gesellschaftliche Sitte kann unzweckmäßig, roh, barbarisch, unter Umständen auch unsittlich sein, aber sie ist niemals ungerecht. Das gleiche gilt von der Ordnung aller Willkürverbände, z. B. aller Vereine. Bei Festsetzung solcher Ordnung kann unzweckmäßig verfahren werden, aber niemals ungerecht. Warum? Weil solche Ordnung bloße Konventionalordnung bedeutet, nur für den gültig, der an diesem geselligen Leben, an diesem Verbandsleben teilzunehmen gewillt ist. Die Konventionalregel kann nicht ungerecht sein: volenti non fit iniuria.

Die Forderung der gerechten Gemeinschaftsordnung ist nur in einer Zwangsgemeinschaft möglich, d. h. in einer sittlich notwendigen Gemeinschaft der bereits geschilderten Art, die den Einzelnen mit selbstherrlicher Gewalt, ohne Rücksicht auf seine Zustimmung, als zugehörig in Anspruch nimmt. Gerechtigkeit bedeutet die richtige Würdigung der Einzelpersönlichkeit in einer Gemeinschaft, der sie kraft ihres sittlichen Wesens zugehört: sie gibt dem einzelnen als Gegenwert für seine Zuordnung zu der Gemeinschaft den ihm gebührenden Anteil an den Gütern der Gemeinschaft (suum cuique tribuere). Um des Zwanges der sittlich notwendigen Gemeinschaft willen erhebt sich die Gegenforderung der Gerechtigkeit, damit auch in und vermöge der Zwangsgemeinschaft die sittliche Freiheit des einzelnen sich behaupte[8].

---

[8] Auch in der Gemeinschaft mit Gott behauptet die Persönlichkeit des Menschen sich in der Idee der Gerechtigkeit Gottes, ebenso wie in dem Glauben an die Liebe Gottes. So lange die Gemeinschaft mit Gott als eine äußere Gemeinschaft des Volkes, also als unmittelbar maßgebend auch für die Ordnung des volklichen Gemeinlebens, gedacht wurde, war folgerichtig die Auffassung auch des Verhältnisses zu Gott als eines Rechtsverhältnisses und zwar als eines die gesamte Rechtsordnung erzeugenden Verhältnisses gegeben. Die Urzeit gründet die volkliche Rechtsordnung auf den Willen der Volksgottheit, um damit die selbstherrliche Verpflichtungskraft des Rechts, seinen Wert als Widerspiegelnng der göttlichen Gerechtigkeit, zugleich die Zugehörigkeit der Gottheit zu diesem ihrem Volk auszudrücken. In der Idee von der Sichtbarkeit der Kirche im reli-

Die an dem Maßstab der Gerechtigkeit zu bewertende Gemeinschaftsordnung, und nur diese, nennen wir Rechtsordnung. Das ist der Sinn der Sprache, wenn sie das Recht und das Gerechte (ius und iustitia) in unlösbaren Zusammenhang miteinander bringt. Willkürliche Bestimmung des Inhalts der Rechtsordnung ist ausgeschlossen. Nicht in dem äußeren Zwang, sondern in der Erfüllung des Gerechtigkeitsideals liegt darum die innerste Lebensmacht des Rechts, denn je nach dem Maß der Gerechtigkeit wird das Maß, in welchem die sittliche Geltungskraft der Rechtsordnung tatsächlich wirksam wird, sich bestimmen: nur durch Gerechtigkeit bestehen die Königreiche. Was gerecht ist, das ist auch klug.

Die Konventionalregel kann nicht gerecht noch ungerecht sein. So ist die Konventionalregel kein Recht. Nur die Zwangsregel (die Ordnung einer sittlich zur Mitgliedschaft zwingenden Gemeinschaft) unterliegt dem Urteil, ob gerecht oder ungerecht. Nur die Zwangsregel ist Recht.

Recht ist die selbstherrliche Ordnung einer sittlich not-

---

giösen Sinn (des Volkes Gottes) liegt die Nachwirkung altheidnischer und zugleich alttestamentlicher Vorstellungen auf die Entwicklung des Christentums (vgl. Wesen und Ursprung des Katholizismus, 2. Aufl. S. 24 ff.). In dieser Idee hat der gesamte Katholizismus seine Wurzel. Kraft dieser Idee ist das Verhältnis zu Gott zugleich Gegenstand und Quelle der katholisch-kirchlichen Rechtsordnung, d. h. des kanonischen Rechts (den Altkatholizismus kennzeichnet die uneingeschränkte folgerichtige Durchführung dieses Gedankens): das Verhältnis zu Gott hat für den Katholizismus in weitgehendem Maße die Art eines geistlichen Rechtsverhältnisses. Erst Luthers Lehre von der Unsichtbarkeit der Kirche im religiösen Sinn hat das Christentum von diesem Stück Heidentum entlastet und damit das Verhältnis zu Gott von aller Ordnung des Volkslebens, überhaupt von aller äußeren Gemeinschaftsordnung und damit von allem, was der Rechtsordnung ähnlich sieht, befreit. Gott ist jenseits aller Volksordnung, das Leben mit Gott jenseits aller Rechtsordnung, nicht Quelle noch Gegenstand irgendwelchen Rechts, nur Quelle und Zielpunkt des Innenlebens des Einzelnen. Das Verhältnis zu Gott ist kein Rechtsverhältnis, ist niemals Bestandteil irgendwelchen äußeren Gemeinlebens, und ist doch (das ist das Geheimnis der Religion) ein Verhältnis von Person zu Person. Das ist es, was in dem Glauben an die Liebe und zugleich an die aus Liebe entspringende Gerechtigkeit Gottes sich ausspricht.

wendigen überindividuellen äußeren Gemeinschaft. Kurz gesagt: Recht ist sittlich notwendige Gemeinschaftsordnung.

Nur die sittlich notwendige überindividuelle (den einzelnen überdauernde) äußere Gemeinschaft ist souverän. Nur sie kann den einzelnen zwangsweise für sich in Anspruch nehmen, nur sie kann und muß eine gerechte Gemeinschaftsordnung, d. h. Rechtsordnung, hervorbringen.

§ 2.

Weltliches Recht.

Welche Gemeinschaft ist die sittlich notwendige Gemeinschaft, die berufen ist, Zeugerin und Trägerin der Rechtsentwicklung zu sein?

Die Antwort der Geschichte lautet: Die Volksgemeinschaft.

Mit der Volksgemeinschaft entsteht das Recht. Aus den Notwendigkeiten des Volkslebens erwächst, wie das öffentliche Recht, so das Privatrecht.

Die Volksgemeinschaft ist eine sittlich notwendige Gemeinschaft. Der einzelne ist nichts ohne sein Volk. Was er körperlich, geistig, sittlich ist und hat, das ist und hat er durch sein Volk. Das Volk gab dir dein Leben: so gib es ihm zurück! Gebet dem Volke was des Volkes ist! Nur wer sein Eigenleben an sein Volk zurückgibt, wird es gewinnen. Unserem Volke zu dienen, ist unsere irdische Bestimmung. Einordnung in das Volk, Unterordnung unter die Notwendigkeiten des Volkslebens (die Rechtsordnung) ist sittliche Pflicht.

Die Volksgemeinschaft ist eine Zwangsgemeinschaft. Die um der Erhaltung der Volksgemeinschaft willen notwendige Ordnung des Volkslebens ist Rechtsordnung.

Die Volksgemeinschaft ist Rechtsquelle. Sie erzeugt den Staat: den Träger und Erhalter der volklichen Macht. Sie erzeugt das Eigentum: die Macht des Volkes steigernd durch Freiheit. Sie erzeugt die weltliche Obrigkeit und das weltliche Recht.

Der persönliche Umkreis der in Rechtserzeugung wirksamen Volksgemeinschaft ist geschichtlich ein verschiedener. Die Entwicklung beginnt überall mit dem Kleinvolk. Sie führt die Kulturvölker in unsäglicher Arbeit zu der Bildung des den Anforderungen der Weltgeschichte gewachsenen Großvolks. Ebenso hat der sachliche Umkreis, das Gebiet des von der Rechtsordnung ergriffenen Volkslebens gewechselt. Es wechselten die Anschauungen darüber, was um der Erhaltung des Volkes willen notwendig sei. Zu Zeiten sind Teile der gesellschaftlichen Sitte rechtlich geregelt worden (Kleiderordnungen, Luxusgesetze). Viele Jahrhunderte lang galt es als unerläßlich, daß alle Staatsbürger desselben religiösen Glaubens seien. Unaufhörlich gibt es Schwankungen, bald im Sinn der Erweiterung, bald im Sinn der Einschränkung der Rechtszuständigkeit[1], eine Erscheinung, die sich heute vor allem auf dem Gebiet des wirtschaftlichen Lebens äußert. Immer aber bleibt der Grundgedanke des zurzeit geltenden Rechts, daß um der Erhaltung des Volkes willen solche Ordnung notwendig sei. Was um des Volkes willen zu fordern ist, das ist menschlich gerecht: salus populi suprema lex.

Mit der Entwicklung zum Großvolk und zum Großstaat hat sich die Ausbildung des modernen Staates verbunden. Das ist die wichtigste geschichtliche Änderung. Sie bedeutet die Sammlung der Macht des Volkes an einem einzigen Punkt. Das Mittelalter ist die Zeit des noch erst in der Entwicklung begriffenen Großvolkes. Darum treten innerhalb der Nation zahlreiche kleinere Kreise als selbständige Träger des Volkslebens nebeneinander auf. Es gibt zahlreiche Verbände, so die Städte, die Landschaften, die als den Volksverband für ihren Kreis darstellende Gemeinschaften Obrigkeit und Rechtsordnung aus sich selbst hervorbringen (ebenso wie einst bei den Griechen die Polis, bei den Lateinern die Civitas). Die obrigkeitliche Gewalt, die Rechtserzeugung ist im Mittelalter auf die Glieder des Volks-

[1] Vgl. A. Merkel in Holtzendorffs Enzykl. d. Rechtswiss. (5. Aufl. 1890), S. 14. Stammler, Wirtschaft und Recht (2. Aufl.), S. 132.

körpers verteilt, verzettelt. Das wird seit dem 16. Jahrhundert anders. Es kommt der straffe Einheitsstaat, der die örtlichen Verbände zu seinen dienenden Gliedern macht, um alle obrigkeitliche Gewalt einem einzigen, dem Staatsoberhaupt, zu übertragen. Alle sonstige Obrigkeit verschwindet. Der Leviathan hat sie verschlungen. Die obrigkeitliche Gewalt des Staates wird zur Souveränetät im heutigen Sinne: sie wird nicht bloß die höchste, sondern die einzige obrigkeitliche, die einzige öffentliche Gewalt. Seit dem 18. Jahrhundert hat der moderne Staat, der Staat der Gegenwart, sich durchgesetzt. Nur noch in der Form des Staates ist das Volk obrigkeitlich verfaßt, nur noch in der Form des Staates ist das Volk eine selbstherrliche Gemeinschaft, nur noch in der Form des Staates ist das Volk Rechtsquelle. So ist in der Gegenwart die weltliche Obrigkeit mit der staatlichen Obrigkeit und das weltliche Recht mit staatlichem Recht gleichbedeutend.

Wie mit der Wucht von tausend Atmosphären drückt die Ordnung der Volksgemeinschaft (die staatliche Rechtsordnung) auf das Leben der einzelnen, ohne sie nach ihrer Zustimmung zu fragen, um sie alle zu einem wehrfähigen, lebens- und leistungsfähigen Volksganzen zusammenzuzwingen. Aber die Volksordnung (Rechtsordnung) ist trotzdem kein heteronomes, dem sittlichen Wesen der Einzelpersönlichkeit widersprechendes Gesetz. Schon weil die Daseinsbedingungen des Volkslebens zugleich Daseinsbedingungen des Einzellebens sind: Selbstbehauptung des Volkes ist Selbstbehauptung aller seiner Zugehörigen. Vor allem: weil die Rechtsordnung den einzelnen hebt, indem sie ihn unterwirft. Sie gibt ihm Anteil, wie an den nationalen Gütern, so an der nationalen Arbeit Aller für Alle, auf daß er eine sittliche Persönlichkeit werde im Dienst an seinem Volke, an seinen Brüdern. Erst durch die Eingliederung in sein Volk wird der Mensch zum Menschen: er ist um seines sittlichen Berufes willen ein „politisches", zur volklichen Rechtsgemeinschaft geborenes Wesen. Wie der Druck der Atmosphäre, erzeugt der Druck der Rechtsordnung die

Lebensluft, ohne die wir nicht atmen können. Um unserer sittlichen Freiheit willen gehorchen wir dem Rechtsgesetz.

Das weltliche Recht gilt aus weltlichen Gründen: kraft der Volksgewalt, auf daß das Volk erhalten werde. Aber mit der Erhaltung des Volkes wird zugleich Möglichkeit und Raum geschaffen für die sittliche Entwicklung der Einzelpersönlichkeit.

§ 3.

Geistliches Recht.

Gibt es außer der Volksgemeinschaft noch eine andere sittlich notwendige Gemeinschaft? Gibt es außer dem weltlichen (staatlichen) Recht von der Kirche selbständig erzeugtes Recht? Die Frage nach dem Machtverhältnis von Staat und Kirche ist damit aufgeworfen. Ist die Kirche Rechtsquelle, so ist auch die Kirche ein selbstherrlicher Verband.

Geistlich ist, was aus dem göttlichen Geist (πνεῦμα), aus dem heiligen Geist stammt, aus dem Geist, in welchem die Quelle alles christlich-religiösen Lebens, in dessen Besitz das Wesen des Christentums gegeben ist. Was geistlich ist, hat seinen Ursprung in Gott, in dem Leben der Christenheit aus Gott.

Geistliches Recht ist das aus dem heiligen Geist stammende „heilige Recht" (sacri canones, ius sacrum). Es ist verbindlich kraft des Glaubens an Gott. Geistliches Recht ist aus religiösen Gründen geltendes Recht.

Nicht so, als ob das geistliche Recht mit dem aus religiösen Gründen gesetzten oder mit dem auf religiöse Dinge bezüglichen Recht zusammenfiele. Es gibt aus religiösen Gründen entspringendes und auf religiöse Dinge bezügliches weltliches Recht. Das auf kirchliches Leben bezügliche Recht ist keineswegs als solches geistliches Recht (obgleich beides häufig genug miteinander verwechselt wird). Geistliches Recht ist vielmehr nur das aus religiösen Gründen geltende, d. h. aus religiösen Gründen seine Verpflichtungskraft ableitende Recht. Das

geistliche Recht hat in dem religiösen Leben, in der Religion nicht bloß Beweggrund und Gegenstand, sondern seine Quelle.

Die Frage des geistlichen Rechts ist also die, ob die Christenheit als Trägerin des aus dem heiligen Geist Gottes stammenden religiösen Lebens, ob die Kirche im religiösen Sinne Rechtsquelle ist. Eine kirchliche Körperschaft als solche kann niemals geistliches Recht hervorbringen. Von der kirchlichen Körperschaft genossenschaftlich erzeugtes Recht (das „kirchliche Recht" unserer herrschenden Lehre) würde nicht geistliches, sondern weltliches (aus weltlichen Gründen, kraft körperschaftlicher Gewalt, geltendes) Recht bedeuten. Geistliches Recht kann nur von der Kirche im religiösen Sinn, von der Kirche ausgehen, deren Leben aus dem Geiste Gottes, aus der Offenbarung Gottes in Christo, aus dem Worte Gottes fließendes Leben ist. Bringt die Christenheit aus dem Glauben an das Evangelium göttliches, „heiliges" Recht hervor? Das ist die Frage.

Gibt es geistliches Recht, so ist es evangelisches (evangelisch-soziales), d. h. im Evangelium enthaltenes und kraft des Evangeliums geltendes Recht für die ganze Christenheit auf Erden. Aus dem Evangelium fließendes Recht ist notwendig christliches Weltrecht.

Gibt es geistliches Recht, so kann es in der Lage sein, dem weltlichen Recht zu widersprechen. Welches Recht geht vor? Die Antwort kann für die Christenheit nicht zweifelhaft sein. Das geistliche Recht entspringt dem Geiste Gottes, das weltliche dem Geist der Welt. Man soll Gott mehr gehorchen als den Menschen. Gibt es geistliches Recht, so muß es innerhalb der Christenheit den Vorrang vor allem weltlichen Recht besitzen. Der Geist, der aus dem geistlichen Recht spricht, ist höher, denn der Geist, der in der Welt ist. Gibt es geistliches Recht, so muß es dem weltlichen übergeordnetes Recht sein.

Ist die Kirche im religiösen Sinn (die aus dem Geist Gottes lebende Christenheit) Rechtsquelle, so muß sie wie geistliches Recht, so geistliche Obrigkeit mit selbstherrlicher geistlicher Befehls-

gewalt, mit Befehlsgewalt im Namen Gottes hervorbringen. Gibt es geistliches Recht, so gibt es geistliche Obrigkeit, deren Gewalt höher ist als die Staatsgewalt.

Die Frage des geistlichen Rechts ist zugleich die Frage nach Bestand und Wert des gesamten weltlichen Rechts.

§ 4.

Wesen des kanonischen Rechts.

Die ganze alte Zeit hat nur den Begriff der Kirche im religiösen Sinn gehabt[1]. Kanon bedeutet wörtlich bekanntlich Regel, Gesetz. Der Ausdruck wechselt in den Quellen mit anderen gleichbedeutenden (ὅρος, θεσμός, δόγμα, lateinisch regula, lex, decretum). Kanon der Kirche (κανὼν τῆς ἐκκλησίας, κανὼν ἐκκλησιαστικός[2]) ist die für das Volk Gottes, für die Kirche im

[1] Das ist es, was bisher nicht gesehen wurde. Nach der durchaus herrschenden, noch heute nicht überwundenen Lehre war die Kirche, für welche das Kirchenrecht aufkam, eine Religionsgesellschaft im Stil der Aufklärung, ein Kultverein. Trägerin der Rechtsentwicklung soll die Ekklesia nicht als Kirche Christi, sondern als „Ortschristenschaft" (so noch Stutz, KR. in Kohlers Enzykl. d. Rechtswiss., 1904 Bd. 2 S. 814), als „christlicher Verein" (so noch A. Harnack, Die Mission in den ersten drei Jahrh., 2. Aufl. 1906 Bd. 1 S. 362), also als weltliche Größe (θίασος, Harnack a. a. O. S. 372), sodann die „Konföderation" der Ortsvereine (Harnack, S. 398), der „Bund von Bischofskirchen" (Stutz, S. 817, 824) gewesen sein: das „kirchliche Recht" kam als genossenschaftliches Körperschaftsrecht, dann als „Bundesrecht" zustande (noch in seiner jüngsten Arbeit über Entstehung der Kirchenverfassung, 1910 S. 165 ff. will Harnack die überlieferte, bisher auch von ihm vertretene Lehre nicht völlig aufgeben). Von diesem Standpunkt aus ist ein Verständnis des kanonischen Rechts überhaupt unmöglich (vgl. das folgende). Allmählich aber scheint sich jetzt doch das Richtige durchzusetzen. Bereits in der Arbeit über Wesen und Ursprung des Katholizismus (1912), S. IV, VIII konnte ich auf die Förderung der Sache hinweisen, die wir der trefflichen Schrift von O. Scheel, Zum urchristlichen Kirchen- und Verfassungsproblem (Theol. Stud. u. Krit. 1912) verdanken. Vgl. jetzt ferner O. Scheel, Die Kirche im Urchristentum, bei Schiele, Religionsgeschichtliche Volksbücher, 4. Reihe, Heft 20 (1912). E. Schwartz, Kaiser Konstantin und die christliche Kirche (1913) S. 18 ff. F. Vigener, Gallikanismus, in Meineckes Histor. Zeitschr., Bd. 111 (1913) S. 496 Anm. 1.

[2] Vgl. z. B. das Schreiben des römischen Bischofs Kornelius um 250, Eusebius, hist. eccl. VI, 43, 15, ed. Schwartz, 1908, p. 264: κατὰ τὸν τῆς ἐκκλησίας κανόνα. Concil. Nicaen. I a. 325 c. 6: κατὰ κανόνα ἐκκλησιαστικόν.

religiöſen Sinn geltende Regel. Das Volk Gottes gehorcht nur dem Worte Gottes. Der Kanon der Ekkleſia kann nur aus dem Kanon der Wahrheit (κανὼν τῆς πίστεως, τῆς ἀληθείας, regula veritatis), d. h. aus dem Evangelium hervorgehen[3]. Der

---

Ebenſo c. 10, 16. An den meiſten Stellen (c. 1, 5, 9, 10, 18) ſagt das Konzil bereits ſchlechtweg: ὁ κανών, in c. 13: ὁ παλαιὸς καὶ κανονικὸς νόμος (das „kanoniſche Geſetz" iſt das für die Kirche Gottes geltende Geſetz). Mit dem Ausdruck κανών verbindet ſich zugleich die Vorſtellung einer formulierten, irgendwie in gemeingültige Wortfaſſung gebrachten Regel, vgl. c. 5: τὸν κανόνα τὸν διαγορεύοντα —. c. 18: οὔτε ὁ κανὼν οὔτε ἡ συνήθεια (die bloße Gewohnheit bildet den Gegenſatz zu dem bereits in beſtimmtem Wortausdruck geläufigen Kanon).

[3] Euſebius V, 23, 2. 4 (p. 210): Ende des 2. Jahrhunderts Synoden betr. den Oſterſtreit ἐκκλησιαστικὸν δόγμα τοῖς πανταχόσε διετυποῦντο— καὶ τούτων ἦν ὅρος εἷς, ὁ δεδηλωμένος. V, 24, 6. 7 (p. 211): Brief des Polykrates an Viktor von Rom: wir feiern Oſtern κατὰ τὸ εὐαγγέλιον, μηδὲν παρεκβαίνοντες, ἀλλὰ κατὰ τὸν κανόνα τῆς πίστεως ἀκολουθοῦντες— πειθαρχεῖν δεῖ θεῷ μᾶλλον ἢ ἀνθρώποις. Weil es ſich in der Frage der Oſterfeier um eine aus dem Inhalt des Glaubens zu beantwortende Frage handelte, wurden die Kleinaſiaten mit ihrem Führer Polykrates wegen Abweichung in der Oſterfeier von dem römiſchen Biſchof aus der Kirchengemeinſchaft ausgeſchloſſen. — Euſebius VI, 43, 11 (p. 263): Brief des Kornelius: Novatian, ὁ ἐκδικητὴς οὖν τοῦ εὐαγγελίου οὐκ ἠπίστατο ἕνα ἐπίσκοπον δεῖν εἶναι ἐν καθολικῇ ἐκκλησίᾳ. Aus dem Evangelium folgt, daß nur ein Biſchof ſein darf: das hätte Novatian, dieſer vermeintliche „Verteidiger des Evangeliums", wiſſen müſſen. Gemeint iſt mit dem „Evangelium" die Stelle Matth. 16, 18. 19. In der Verleihung der Schlüſſelgewalt an den Apoſtel Petrus ward die Verleihung der Schlüſſelgewalt (der apoſtoliſchen Gewalt) an jeden Biſchof als den Nachfolger Petri und zugleich der Satz gefunden, daß nur ein Biſchof in der wahren („katholiſchen", d. h. gemeingültig verfaßten) Ekkleſia ſein dürfe, damit ſie wirklich eine Darſtellung der Ekkleſia als der Kirche Chriſti ſei (vgl. Weſen u. Urſpr. d. Kath., S. XIII, XIV: die von Cyprian vorgetragene Lehre iſt, wie der Brief des Kornelius beweiſt, die altrömiſche). Dementſprechend wird der Satz, daß nur der Biſchof die Binde- und Löſegewalt beſitze, wie von Cyprian (ep. 15, 1; 73, 7) ſo vom römiſchen Presbyterium (Cypr. ep. 36, 1) als lex evangelica (evangelii lex) bezeichnet. In den Quaestiones ex novo testamento (von einem römiſchen Presbyter um 375) Qu. 93, Migne Patr. Lat. tom. XXXV, p. 2288 wird die Kirchengewalt (jus ecclesiasticum) mit der Binde- und Löſegewalt gleichgeſetzt und Qu. 95 p. 2289 die Binde- und Löſegewalt evangelicum ius genannt. Vgl. Harnack, Ius ecclesiasticum, Sitzungsber. d. Akad. d. Wiſſ., Berlin 1903, S. 221, 222. Das geſamte katholiſche Kirchenrecht (die Ordnung der Kirchengewalt) iſt aus dem Evangelium abgeleitetes Recht, Cypr. ed. 33, 1 (ed. Hartel p. 566): Dominus noster episcopi honorem et

Kanon der geistlichen Kirche, das Leben der Christenheit mit Gott bestimmend, kann nur Gott selbst zur Quelle haben. Die kirchliche Regel ist aus dem christlichen Glauben abgeleitet, aus dem Evangelium gefolgerte geistlich begründete Regel. Das kirchliche Recht (Kanon der Ekklesia) ist nicht „kirchliches Recht" im Sinne unserer Kirchenrechtswissenschaft, sondern geistliches Recht.

Der bei uns herrschenden Lehre ist es selbstverständlich, daß die rechtlich sich verfassende Kirche nach Art einer weltlichen Körperschaft als Genossenschaft, Verein, Konföderation sich „organisierte", daß folgeweise das von den Organen der Kirche geschaffene „kanonische Recht" als genossenschaftliches, durch den Gemeinwillen der Kirchenglieder erzeugtes Recht, in diesem Sinne als „kirchliches Recht" gedacht werden müsse[4]. Es war, so wird allgemein

---

ecclesiae suae rationem disponens in evangelio loquitur et dicit Petro: ego tibi dico quia tu es Petrus et super istam petram aedificabo ecclesiam meam — et tibi dabo claves regni caelorum —. Damit (mit der Gründung auf Petrus), sagt Cyprian, ist die Kirche Christi vermöge der Sukzession auf die Bischöfe gegründet: ut ecclesia super episcopos constituatur et omnis actus ecclesiae per eosdem praepositos gubernetur. Die bischöfliche Verfassung ist die „evangelische" Kirchenverfassung. Der erste Clemensbrief hatte das Kirchenrecht (Notwendigkeit von Bischöfen und Diakonen für die Eucharistie) auf das Alte Testament, eine gefälschte Jesaiasstelle, gegründet, 1. Clem. 42, 4. Seit dem 2. Jahrhundert tritt das Neue Testament, das „Evangelium", in den Vordergrund.

[4] Das ist die Meinung schon der von früher üblichen Begriffsbestimmung, wie sie sich z. B. findet bei Richter, KR. § 4: Kanonisches Recht ist das „in den kirchlichen Satzungen enthaltene Recht"; Friedberg, KR. § 3: „das aus den kirchlichen Satzungen (canones) entspringende Recht"; Hinschius in Holtzendorffs Enzykl. d. Rechtswiss., 5. Aufl. S. 187: „die auf dem Boden der Kirche erwachsenen und durch kirchliche Organe geschaffenen Rechtsnormen". Die Idee von der genossenschaftlichen Natur des in den „kirchlichen Satzungen" enthaltenen Rechts ist dann eingehend von Scheurl in seiner Abhandlung über die Selbständigkeit des Kirchenrechts) in Doves Zeitschr. f. KR., Bd. 12, 1874, S. 52 ff.) entwickelt worden, dem dann Kahl und Stutz u. a. gefolgt sind. Die Kirche (auch die unsichtbare!) ist nach Scheurl eine „Gesamtpersönlichkeit", hat als solche einen „Gesamtwillen", der in der „Gemeinschaft des heiligen Geistes" wurzelt und „Recht setzt und schafft" (Scheurl a. a. O. S. 64 ff.). Das entspricht ganz dem Grundgedanken unserer heutigen protestantischen Kirchenrechtswissenschaft, vgl. statt aller Stutz a. a. O. (oben § 1 Anm. 1) und in

angenommen, in der Kirche wie in irgendeinem anderen genossenschaftlichen Verband. Die „Organisation" war ein äußerliches Ding: unmittelbar die Kirche als Genossenschaft, nur mittelbar die Kirche Christi treffend. Man schuf „Organe" des Verbandes mit der durch das „Bedürfnis" geforderten Gewalt, „gleiche Grundsätze für den Glauben und das Leben auszubilden"[5]. Natürlich war das kanonische Recht „christliches" Recht. Aber „das will sagen: es hat die Grundsätze der antiken Kultur in sich aufgenommen, die Prinzipien der christlichen Sittenlehre in das Recht eingeführt: es hat das Ideal eines den Vorschriften der christlichen Religion entsprechenden Lebens bei den Völkern zu verwirklichen gesucht[6]." Das kanonische Recht ist danach nicht kraft

---

Kohlers Enzykl. d. Rechtswiss., Bd. 2 S. 902: das Kirchenrecht besteht in den Rechtssätzen, „die nach der erklärten Überzeugung einer kirchlichen Gemeinschaft deren Leben bestimmen sollen", es „wurzelt einzig nnd allein in der kirchlichen Gemeinschaft". Auf dem gleichen Boden steht auch Harnack, Ius ecclesiasticum (vgl. oben Anm. 3) S. 212 ff.: „möglich" ist (für die ersten drei Jahrhunderte) „vor allem die Ansicht von der genossenschaftlichen Rechtsbildung"; der „wirkliche geschichtliche Verlauf" zeigt eine „sich bildende familienhafte, genossenschaftliche und städtische Rechtsordnung in der Kirche", die „zu einer provinzialen und dann zu einer Art von Reichsordnung geworden ist" (S. 212); aus der in der Gemeindeversammlung gehandhabten Kirchenzucht „entwickelte sich sehr früh eine genossenschaftliche Rechtsbildung, die übrigens teilweise ihre Vorstufe und ihr Vorbild an der synagogalen hatte" (S. 218 Anm. 1). Alles nach dem Muster der Aufklärung. — Bei den katholischen Kirchenrechtsschriftstellern führt der Einfluß des katholischen Dogmas, in der Regel wenigstens, zu der richtigen Erkenntnis von dem religiösen Ursprung des kanonischen Rechts, vgl. z. B. Phillips. KR., Bd. 3 (1848) S. 608, 609: „Die canones hat die Kirche aus dem Urquell des göttlichen Wortes geschöpft, alle canones sind nur Schlußfolgerungen aus dem Dogma", ebenso Buß, Methodologie des KR., 1842, S. 16—18; Roßhirt, Kanonisches Recht, 1857, S. 5—7; Bendix, Kirche und KR., 1895, S. 11 ff. u. a. Doch findet sich auch in katholischen Darstellungen entweder eine lediglich äußere Beschreibung nach Art der zu Anfang dieser Anmerkung angeführten protestantischen Kirchenrechtslehrer (so z. B. bei Walter, KR. § 1, v. Scherer, KR., Bd. 1 § 18 II, Sägmüller, Kath. KR. § 3 III) oder, falls Anschluß an die „juristische" Methode erstrebt wird, ausdrücklich die Theorie von der genossenschaftlichen Art der Rechtsbildung (so bei Groß, Begriffsbestimmung des KR., 1872, S. 20, 21).

[5] So Friedberg, Das kanonische und das Kirchenrecht in seiner Deutschen Zeitschrift f. KR., Bd. 8 (1898) S. 3.

[6] So Friedberg a. a. O. S. 13.

seines Wesens, sondern lediglich kraft seines Inhalts „christliches" Recht, geradeso wie etwa ein auf „christliche Prinzipien" gegründetes Staatsgesetz. Der christliche Inhalt erscheint als etwas nicht begrifflich notwendiges. Es hätte auch anders sein können. Ja, wie für den staatlichen Gesetzgeber, so wäre es unter Umständen auch für das kanonische Recht richtiger gewesen, nicht allzu „ideal-christlich" zu sein, sondern die „Menschen zu nehmen, wie sie sind"[7]. In der Art der Rechtserzeugung besteht nach dieser allgemein herrschenden Auffassung kein Unterschied zwischen kanonischem Recht und weltlichem Recht. Natürlich! Genossenschaftliches Recht würde aus weltlichen Gründen (kraft genossenschaftlicher Gewalt) geltendes weltliches Recht sein.

Die Begründung der herrschenden Lehre für die Rechtsgeltung des kanonischen Rechts lautet also auf protestantischer Seite: auch wenn das in der Kirche geltende Recht sich als göttliches Recht gab, in Wahrheit war niemals der Wille Gottes entscheidend, sondern allein der Gemeinwille des kirchlichen Verbandes. Denn das kanonische Recht ward Rechtens, gleichviel ob es wirklich göttliches Recht war oder nicht. Darum ist das kanonische Recht für die wissenschaftliche Auffassung genossenschaftliches „kirchliches" Recht.

Gewiß, in Wahrheit ist das kanonische Recht kein göttliches Recht. Aber danach fragt es sich an dieser Stelle nicht. Es fragt sich nur, was ihm Rechtsgeltung verschafft hat. Das aber ist ganz allein der Inhalt des christlichen Glaubens gewesen, nicht die Wahrnehmung, daß ein genossenschaftlicher Gemeinwille für diesen oder jenen Rechtsinhalt da sei. Die Frage nach dem Grunde der Rechtsgeltung bedeutet die Frage nach den Mächten, welche geschichtlich rechtserzeugend gewirkt haben. Darüber aber entscheidet selbstverständlich nicht unsere heutige Art zu denken,

[7] So Friedberg S. 11, 21, 22: an dem Eherecht unseres bürgerlichen Gesetzbuches ist unter diesem Gesichtspunkt die gleiche Kritik zu üben wie am kanonischen Eherecht. Wie das BGB., so hätte, scheint es, auch das kanonische Recht seinen Inhalt weniger „ideal-christlich" gestalten können.

sondern die Auffassung der Vergangenheit. Geschichtliche Tatsache ist, daß aus dem Inhalt des christlichen Glaubens Recht abgeleitet wurde — das kanonische Recht — und daß dies Recht um des christlichen Glaubens willen Rechtskraft erlangt hat. Nur aus diesem Grunde war das kanonische Recht im Mittelalter um so vieles mächtiger als das weltliche Recht, und nur auf diesem Grunde beruht noch heute die innerkirchliche Gewalt des katholischen Kirchenrechts. Das Christentum steht hinter diesem Kirchentum und seiner Ordnung. Die ganze Geschichte des kanonischen Rechts wurzelt in der Tatsache, daß es nach der ihm selber innewohnenden Grundidee kein weltliches (bloß genossenschaftliches), sondern geistliches Recht bedeutet, ein Recht ganz anderer Art als alles weltliche Recht. Nur als geistliches Recht ist es geschichtlich in Kraft getreten und nur diese Tatsache macht den Sinn des mittelalterlichen doppelten Rechts, des ius utrumque deutlich. Dem weltlichen (kaiserlichen) stand ein außerweltliches, überweltliches, vom Himmel (Gott) stammendes Recht (das kanonische, geistliche Recht) gegenüber[8]. Die Aufklärung deutete das um. Sie sah in der Kirche eine Religionsgesellschaft und in dem kanonischen Recht eine genossenschaftlich (religionsgesellschaftlich) hervorgebrachte kraft Gemeinschaftswillens geltende Gemeinschaftssatzung. Bei dieser ungeschichtlichen Art ist unsere gesamte protestantische Kirchenrechtswissenschaft geblieben. Die gegebenen Tatsachen erscheinen als gleichgültig. Sie müssen mit dem von der Aufklärung entdeckten unverbrüchlich geltenden Naturrecht in Einklang gebracht werden. Es kann doch früher nichts anderes gegolten haben als heute. So steht es auch hier. Das geschichtlich in Kraft gewesene kanonische Recht hat nichts gemein mit dem von der Aufklärung erdachten, von unserer Wissenschaft noch immer gelehrten „kirchlichen Recht".

[8] Als das von Gott stammende und im Verhältnis zu Gott geltende „himmlische" Recht heißt das gesamte kanonische Recht bis in das 12. Jahrhundert wie ius divinum so auch ius caeli oder ius poli. Darüber des näheren später im Kirchenrecht, Bd. 2.

§ 5.

Das kanonische Recht und der Rechtsbegriff.

Ist das kanonische Recht der katholischen Kirche Recht im Rechtssinne?

Das kanonische Recht will geistliches Recht sein. Es beansprucht Rechtsgeltung als Erzeugnis der Kirche im religiösen Sinne, als Hervorbringung des in der Kirche Christi lebenden Gottesgeistes. Das ist die Art, wie des altkanonischen so auch des neukanonischen Rechts[1]. Zwar wird das neukanonische (seit dem Ausgang des 12. Jahrhunderts entwickelte) Recht von der Kirche als Körperschaft hervorgebracht, aber unter dem Gesichtspunkt, daß diese Körperschaft mit der Kirche Christi zusammenfällt. Nur diese religiöse Tatsache begründet auch für das neukanonische Recht die Rechtsgeltung. Die römisch-katholisch (neukatholisch) verfaßte Kirche ist eine geistliche, geistlich (durch Gott) erzeugte, geistlich (durch Gott) regierte Körperschaft. So bringt sie in den Formen körperschaftlicher (weltlicher) Gesetzgebung dennoch geistliches Recht hervor. In bezug auf das Wesen des einst (zur Zeit des Altkatholizismus) durch Lehre, jetzt (zur Zeit des Neukatholizismus) durch Gesetz erzeugten Rechts besteht zwischen Altkatholizismus und Neukatholizismus kein Unterschied.

Zweifellos ist das kanonische Recht Gemeinschaftsordnung. Das neukanonische Recht regelt das aus dem körperschaftlichen (das Leben mit Gott vermittelnden) Verhältnis, das altkatholische Recht das unmittelbar aus dem Leben mit Gott entspringende kirchliche Gemeinleben. Das eine wie das andere setzt sich als notwendig zur Erhaltung der Christenheit als des Volkes Gottes. Die katholische Idee ist, daß es ohne diese Rechtsordnung kein Christentum gibt. Vom katholischen Standpunkt ist darum

[1] Die obigen Sätze vom altkanonischen (altkatholischen) und neukanonischen (neukatholischen) Recht werden im Kirchenrecht, Bd. 2 ihre Begründung finden.

das kanonische Recht eine sittlich notwendige Gemeinschaftsordnung, also Rechtsordnung (oben § 1).

Der entscheidende Grundgedanke ist der Begriff der Kirche Christi als einer äußerlich sichtbaren Gemeinschaft. Diese durch das kanonische Recht bei Bestand erhaltene äußere Christenheit ist das Volk Gottes auf Erden, ist das Volk, welches durch Christum Gemeinschaft mit Gott, Vergebung der Sünden und ewiges Leben hat. Diese katholisch verfaßte Kirche ist die allein selig machende, durch Christum zu Gott führende Ekklesia, die Christenheit im religiösen Sinne. Nur in dieser äußerlich verfaßten Kirchengemeinschaft ist christlich-religiöses Leben, ist die Wiedergeburt möglich, die den natürlichen Menschen zu einem Kinde Gottes macht. Nur in dieser katholisch (römisch-katholisch) verfaßten Christenheit ist der Weg geöffnet, der zu der Vollendung der sittlichen Persönlichkeit durch den Empfang des Geistes Christi, des Geistes Gottes führt. Um seines sittlichen Wesens willen muß jeder Mensch zu dieser äußeren Kirchengemeinschaft gehören[2]. Die Mitgliedschaft in dieser katholisch verfaßten Christenheit ist notwendig, damit der Mensch wahrhaft ein Mensch nach dem Ebenbilde Gottes sei.

Die katholisch verfaßte Kirche ist darum vom katholischen Standpunkt eine Zwangsgemeinschaft in dem oben (§ 1) entwickelten Sinn. Sie beruht nicht auf der Willkür ihrer Mitglieder. Eintritt und Austritt gibt es nicht. Sie bestimmt selber, wer ihr zugehört. Sie nimmt alle Getauften als solche, ohne Rücksicht auf ihre Zustimmung, als sich zugehörig in Anspruch. Jeder Getaufte ist notwendig römischer Katholik, denn er kann nicht Christ sein, ohne der römisch-katholisch verfaßten Christenheit anzugehören. Die römisch-katholische Kirche ist die sittlich notwendige überindividuelle äußere Gemeinschaft aller Ge-

[2] Bonifaz VIII. in seiner berühmten Bulle Unam sanctam, c. 1 Extrav. comm. de maj. (1, 8): subesse Romano pontifici omni humanae creaturae declaramus, dicimus, diffinimus et pronunciamus omnino esse de necessitate salutis.

tauften, d. h. der gesamten Christenheit. Ihre Ordnung, das kanonische Recht, ist Zwangsordnung, keine Konventionalordnung. Sie regelt die Zuständigkeit der Schlüsselgewalt, der Gewalt im Namen Gottes zu binden (zu strafen) und zu lösen (zu begnadigen), um jedem Christen den ihm zukommenden gerechten Anteil an den Heilsgütern zu vermitteln. Ihre Ordnung, das kanonische Recht, ist *als Ordnung*, auch wenn im Einzelfall Unzutreffendes sich ergibt, von unbedingtem sittlichen Wert: um der Tatsache willen, daß der Bestand dieser unentbehrlichen äußeren Gemeinschaft an erster Stelle an der Ordnung als solcher hängt, an der Geltung einer aus der *Vergangenheit* stammenden formal verbindlichen. jeden einzelnen der *Gemeinschaft* unterwerfenden Regel (vgl. oben S. 7, 13). Die römisch-katholisch verfaßte Kirchengemeinschaft erzeugt durch sich selber mit *ursprünglicher* Kraft solche den Menschen um seines sittlichen Wesens willen *formal* (ohne das Recht sachlicher Prüfung) bindende Gemeinschaftsordnung. Die römisch-katholisch verfaßte Kirche ist folglich vom katholischen Standpunkt *Rechtsquelle*, die von ihr gesetzte Ordnung ist als solche Rechtsordnung.

Wie die katholisch verfaßte Kirche aus sich selber Recht, so erzeugt sie aus sich selber *Obrigkeit*. Die Schlüsselgewalt, die Gabe, das Wort Gottes zu führen, die Gabe, im Namen Gottes zu binden (zu strafen) und zu lösen (zu begnadigen) wird im Katholizismus zu einer Befehlsgewalt, welche für die Erhaltung der sichtbaren Christenheit als des Volkes Gottes zwangsweise wirksam ist. Weil die Kirche Christi dem Katholizismus die *äußerlich sichtbare* Christenheit ist, muß die Schlüsselgewalt, d. h. die Regierungsgewalt über die Kirche Christi, für den Katholizismus in eine äußerlich zwingende Befehlsgewalt sich verwandeln. Solche kirchliche Befehlsgewalt aber bedeutet obrigkeitliche Gewalt, denn sie verpflichtet *durch sich selber*, ohne Rücksicht auf Zustimmung des einzelnen und unabhängig von jeder anderen Gewalt um der sittlichen Notwendigkeit der Gemeinschaft willen, der sie entspringt, die durch sie erhalten wird. Die aus

der Macht Christi (Schlüsselgewalt) erwachsende Befehlsgewalt ist sittlich notwendige, kraft des Wesens des Menschen (des Christen) Gehorsam fordernde, d. h. obrigkeitliche Befehlsgewalt.

Rechtsquelle und obrigkeitliche Gewalt sind nur verschiedene Seiten desselben Tatbestandes: des Daseins einer selbstherrlichen, durch sich selber sittlich zwingenden überindividuellen äußeren Gemeinschaft. Weil sie die alleinseligmachende (die sittlich notwendige) Kirchengemeinschaft ist, darum ist die römisch-katholische Kirche souverän, Quelle von Recht und Obrigkeit.

Im Mittelalter ist diese katholische Gedankenreihe praktisch herrschende Macht gewesen.

Die mittelalterliche Christenheit ist ein doppeltes. Sie ist die christliche Welt, sie ist die christliche Kirche[3]. Sie hat eine doppelte Verfassung: die Reichsverfassung und die (römisch-) katholische Kirchenverfassung. In der Form der Reichsverfassung ist sie die Gebieterin der Welt. In der Form der katholischen Kirchenverfassung ist sie die Kirche Christi. In beiden Formen ist sie souverän. In der Form der Reichsverfassung bringt sie das Kaisertum hervor, die weltliche Obrigkeit, in der Form der katholischen Kirchenverfassung das Papsttum, die geistliche Obrigkeit. In der Form der Reichsverfassung erzeugt sie das weltliche Recht, in der Form der katholischen Kirchenverfassung das geistliche (kanonische) Recht.

---

[3] Innozenz III. Regestorum lib. II, 209 (v. J. 1199): Schreiben an den Patriarchen von Konstantinopel Migne Patr. Lat. tom. 214 p. 759: Jacobus enim frater Domini — Jerosolymitana (ecclesia) sola contentus Petro non solum universam ecclesiam, sed totum reliquit saeculum gubernandum. Hier ist ecclesia die Christenheit als Kirche, saeculum die Christenheit als Welt. Der Papst will das Argument des Patriarchen von Konstantinopel entkräften, daß doch nicht Rom, sondern Jerusalem mater omnium ecclesiarum sei (vgl. Migne 1 cit. p. 758). Das Verhalten des Jakobus, der sich mit Jerusalem begnügt habe (!), ist nach Innozenz III. die Ursache dafür, daß Christus vielmehr dem Petrus den allgemeinen Auftrag gab: Pasce oves meas, ihm damit die Herrschaft über die gesamte Christenheit — als ecclesia und als saeculum — übertragend.

Die römisch-katholisch verfaßte Kirche ist dem Mittelalter kraft allgemeiner Überzeugung die alleinseligmachende Kirche Christi. Neben der weltlichen (reichsverfassungsmäßigen) steht darum eine geistliche (religiös begründete) äußere Zwangsgemeinschaft der gesamten Christenheit: die (römisch-)katholische Kirche. Daher die doppelte Souveränetät, die doppelte Obrigkeit, das doppelte Recht. Das geistliche Recht ist im Mittelalter Recht im Rechtssinn, ein zweites Recht neben dem weltlichen.

Die Reformation hat die Alleinherrschaft des Katholizismus gebrochen. Seit dem 16. Jahrhundert ist in den protestantischen Ländern die katholische Kirche nicht mehr die alleinseligmachende Kirche Christi. Für den Protestantismus gibt es überhaupt keine alleinseligmachende äußerlich sichtbare Kirche, also keine geistliche Zwangsgemeinschaft, keine äußere Kirchengemeinschaft mehr, welcher der Mensch, der Christ um seines Seelenheils, um seines sittlichen Wesens willen angehören müßte. Nur die weltliche Zwangsgemeinschaft (der Staat) ist übriggeblieben. Für den Protestantismus gibt es folgeweise nur noch weltliche Obrigkeit und nur noch weltliches (von der staatlichen Gemeinschaft ausgehendes) Recht.

Seit den Tagen der Aufklärung setzt der moderne Staat ein. Es kommt die Toleranzidee. In Deutschland bringt sie im 19. Jahrhundert den paritätischen Staat hervor.

Die Toleranzidee gehört zu den Grundlagen des Staatslebens der ganzen abendländischen Kulturwelt von heute: nicht bloß in den Staaten mit überwiegend protestantischer, sondern ebenso in den Staaten mit überwiegend katholischer Bevölkerung. Der Sieg der Toleranzidee bedeutet, daß gegenwärtig die Idee einer alleinseligmachenden äußeren Kirchengemeinschaft für die Rechtsordnung überhaupt verschwunden ist. Sie bedeutet zugleich, daß es in der ganzen abendländischen Kulturwelt nur noch weltliche Obrigkeit und nur noch weltliches Recht gibt. Geistliche Obrigkeit und geistliches Recht sind auf dem Boden der modernen, von der Toleranzidee beherrschten Rechtsordnung unmöglich. Die

Kirche Christi ist keine Rechtsquelle mehr, erzeugt keine äußere Zwangsgemeinschaft, erzeugt keine Obrigkeit mehr und kein Recht. Die protestantische Idee hat gesiegt. Die staatlich verfaßte Volksgemeinschaft ist heute überall die einzige Rechtsquelle. Es gibt in der abendländischen Kulturwelt keine souveräne Kirche mehr; nur der Staat ist souverän. Eine religiöse Entwicklung hat den modernen Staat geschaffen.

Auch in Deutschland ist die Notwendigkeit der religiösen Duldung ausnahmslose Volksüberzeugung, Rechtsüberzeugung. Daß dem so ist, bestätigt der berühmte Toleranzantrag des Zentrums im Reichstage (November 1900). Er bestätigt, daß auch die katholische Bevölkerung Deutschlands der Überzeugung ist, daß es für das Rechtsgebiet keine kirchliche Zwangsgemeinschaft, d. h. keine alleinseligmachende äußere Kirchengemeinschaft gibt noch geben darf. Auch von deutschen Rechtes wegen gibt es heute keine geistliche Obrigkeit und kein geistliches Recht mehr. Beides ist von Rechtswegen unmöglich.

Im paritätischen Staat bestehen mehrere gleichmäßig privilegierte Kirchenkörper nebeneinander. Keiner von diesen öffentlichrechtlich anerkannten und ausgezeichneten Kirchenverbänden ist für die Rechtsüberzeugung der Gegenwart eine sittlich notwendige Kirchengemeinschaft, der jeder Christ als solcher anzugehören kraft seines Christentums verpflichtet wäre. Das Gegenteil ist der Fall. Über die Zugehörigkeit zu dem einen, zu dem anderen Kirchenverband entscheidet der Glaubensstand, das Bekenntnis des einzelnen. Keiner dieser öffentlichrechtlichen Kirchenverbände ist darum durch sich selber Träger obrigkeitlicher Gewalt, keiner durch sich selber Rechtsquelle. Er kann es gar nicht sein, und zwar kraft allgemeiner Rechtsüberzeugung. Soweit ein solcher Kirchenverband obrigkeitliche Gewalt verwaltet, soweit er Rechtsordnung hervorbringt, kann es nur kraft anvertrauter Staatsgewalt geschehen. Keiner dieser Kirchenverbände ist von Rechtswegen die Kirche Christi, die wahre Kirche im religiösen Sinn. Auch in Deutschland ist die Kirche Christi aus dem Rechts-

gebiet verschwunden. Wie sollte geistliches Recht, von der Kirche Christi (der Kirche im religiösen Sinn) erzeugtes Recht, denkbar sein? Recht und weltliches Recht fällt auch für die deutsche Gegenwart miteinander zusammen.

Nur eine einzige Macht lehnt die ganze moderne Entwicklung ab: die amtliche Lehre der katholischen Kirche.

Ein Zugeständnis hat sie gemacht. Ihre Weltherrschaft (auch über die Christenheit als Welt) hat sie seit dem 16. Jahrhundert aufgegeben. Nationalstaat und Reformation hatten unwiderruflich der weltlichen Obrigkeit die Mündigkeit gebracht. Seitdem will die katholische Kirche unmittelbar nur noch das Kirchliche beherrschen. Aber sie setzt sich nach wie vor als eine „vollkommene", d. h. souveräne, durch sich selbst bestehende und darum allein durch sich selbst beherrschte „Gesellschaft" (societas perfecta)[4]. Denn sie setzt sich nach wie vor als die alleinseligmachende Kirche Christi. So setzt sie sich nach wie vor als geistliche Zwangsgemeinschaft, als Quelle geistlicher Obrigkeit und geistlichen Rechts. Noch heute soll ihr kanonisches Recht durch sich selber Recht sein, aus religiösen Gründen, als Erzeugnis der Kirche Christi, jeden Christen durch sich selber bindend, unabhängig von dem Staat. Noch heute geht sie von der Doppeltheit des Rechts, des weltlichen und des geistlichen Rechts aus, ihrem eigenen, dem aus Gottes Geist fließenden Recht naturnotwendig den Vorrang zusprechend vor dem weltlichen Recht. Die Ansprüche des modernen Staats auf Alleinbesitz der Souveränetät vermag sie nicht anzuerkennen. Warum? Weil sie die Kirche Christi (die alleinseligmachende Kirche) sein will.

Umgekehrt der moderne Staat. Er vermag die Ansprüche

[4] Das ist die seit dem 16. Jahrhundert herrschende, vom Jesuitenorden aufgenommene und demgemäß auch von dem Papsttum der Gegenwart (Pius IX., Leo XIII., Pius X.) vertretene römisch-katholische Lehre, vgl. z. B. den von Pius X. für die römische Provinz herausgegebenen Katechismus (Compendio della dottrina cristiana, Roma 1905) p. 119: La chiesa di Gesù Christo è costituita come una vera e perfetta società.

der katholischen Kirche nicht anzuerkennen, weil er ihr die Eigenschaft als Kirche Christi abspricht. Über diesen Punkt, über das Wesen der katholischen Kirche, über die Frage, ob sie die Kirche Christi sei, besteht die große Meinungsverschiedenheit zwischen dem modernen Staat und der katholischen Kirche, eine Meinungsverschiedenheit, die niemals ausgeglichen und durch kein Konkordat beseitigt oder auch nur abgeschwächt werden kann. Die amtliche römisch-katholische Kirche steht also unverändert auf dem Standpunkt des Mittelalters: ihr Recht ist Recht, und zwar Recht höchster Art, geistliches Recht.

Aber diese amtliche Stellungnahme des katholischen Kirchentums fällt nicht mehr mit der Rechtsüberzeugung des katholischen Volkstums zusammen. Das ist es, was schon hervorgehoben wurde, und das ist es, was die Frage nach dem Dasein geistlichen Rechts endgültig entscheidet. Natürlich, das katholische Volk Deutschlands glaubt an die römisch-katholisch verfaßte Kirche als an die alleinseligmachende Kirche Christi. Aber es will nicht mehr die Verwirklichung dieser religiösen Überzeugung auf dem Gebiete der Rechtsordnung. Es will die Duldung auch Andersgläubiger, gerade wie wir alle. Da ist zwischen Protestanten und Katholiken heute kein Unterschied. Der Katholik der Gegenwart will, daß der Glaube an die katholische Kirche als an die Kirche Christi lediglich religiöse Geltung habe. Rechtliche Folgerungen will niemand mehr daraus ziehen, jedenfalls niemand in Deutschland. Gewiß ist das Modernismus und Pius X. verdammt ihn mit aller seiner Kraft, ganz gerade so, wie seine Vorgänger ihn verdammt haben. Aber es ist Modernismus kraft einstimmiger Überzeugung, gegen den selbst das Papsttum ohnmächtig ist. Für die Rechtsordnung von heute besteht darum das ganze katholische Gedankensystem nicht mehr. Es ist für das Rechtsgebiet durch die geschichtliche Entwicklung zermalmt worden. Von öffentlichen Rechtswegen soll keine sichtbare Kirche Christi und darum kein geistliches Recht und keine geistliche Obrigkeit mehr sein.

Damit ist für die Rechtsordnung von heute die Gewalt der katholischen Kirche, des Papstes, der Bischöfe als obrigkeitliche Gewalt gefallen. Sie ist eine Gewalt rein religiöser Art geworden ohne Wirkung für das Rechtsgebiet. Zugleich ist damit das kanonische Recht als Recht gefallen. Es gibt nur noch weltliches (staatliches) Recht. Es ist nicht so, daß das Machtverhältnis von Staat und Kirche der rechtlichen Ordnung sich entzöge und lediglich tatsächlich bestimmbar sei[5]. Es ist von Rechtswegen heute durch den Satz geregelt, daß nur der Staat souverän ist, daß darum jede Kirche auf dem Gebiete der Rechtsordnung der rechtschaffenden Gewalt des Staates unterworfen ist. Gewiß, die religiöse Gewalt, welche der katholischen Kirche und ihren Bischöfen, vor allem dem Papst, über den gläubigen Katholiken geblieben ist, wirkt tatsächlich noch jetzt im innerkirchlichen Leben obrigkeitlicher Gewalt gleich. Aber sie hat aufgehört, obrigkeitliche Gewalt im Sinne der Rechtsordnung darzustellen. Gewiß ist der Staat in seiner Gesetzgebung darauf angewiesen, die religiösen Überzeugungen seiner katholischen Bürger mit schonender Nachsicht zu beachten. Aber es bleibt dabei, daß der Staat allein Quelle und Herr des geltenden Rechtes ist. Die Geltung der kanonischen Ordnung innerhalb der katholischen Kirche besteht von Rechts wegen nur kraft und nach Maßgabe des weltlichen Rechts.

Die allgemein herrschende Kirchenrechtslehre ist allerdings weit davon entfernt, dies Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung zu erkennen. Sie faßt das kanonische Recht als „kirchliches", von der Kirche als Genossenschaft erzeugtes Recht. Es soll immer noch kanonisches Recht, nämlich „kirchliches" Recht, in Geltung stehen, denn immer noch erscheint die Kirche als Körperschaft, Genossenschaft innerhalb des Staates. Aber das „kirchliche" Recht unserer herrschenden Lehre ist, wie die voraufgehende Darstellung (§ 4) gezeigt hat, bloße Phantasie. Niemals ist das kanonische

[5] Wie Hinschius und Stutz lehren, vgl. Holtzendorffs Enzykl. d. Rechtswiss. (5. Aufl. 1890) S. 860. Kohlers Enzykl. d. Rechtswiss., Bd. 2 (1904) S. 904 (ebenso jetzt in der 2. Aufl. Bd. 5, 1914, S. 393).

Recht „kirchliches" Recht gewesen. Schon deshalb nicht, weil „kirchliches", von der Kirche als Körperschaft kraft genossenschaftlicher Gewalt erzeugtes Recht weltliches Recht sein würde. Immer ist das kanonische Recht kraft geistlicher Gewalt hervorgebrachtes geistliches, um des christlichen Glaubens willen geltendes Recht gewesen. Es will noch heute nicht „kirchliches", sondern geistliches Recht sein. Aber geistliches Recht gibt es nicht mehr. Das ist es, was ausgeführt wurde.

Wie die Lehre, daß jede „organische" Gemeinschaft Rechtsquelle sei, einen Irrtum bedeutet (oben § 1), so auch die Ansicht, daß noch heute die katholische Kirche ein von staatlicher Anerkennung unabhängig „geltendes" kirchliches Recht zu erzeugen imstande wäre. Auch als „Genossenschaft" ist die Kirche zu selbständiger Rechtserzeugung unfähig, denn keine Kirche kann mit rechtlicher Wirkung den Anspruch erheben, daß ihr der Bürger kraft sittlicher Notwendigkeit zugehören müsse. Die Kirche ist heute kraft öffentlichen Rechts ein Konventionalverband (es gibt Eintritt und Austritt), die von der Kirche hervorgebrachte Regel als solche heute eine bloße Konventionalregel. Die einzige sittlich notwendige Gemeinschaft ist heute die im Staate organisierte Volksgemeinschaft. Darum gibt es nur das von Staats wegen geltende Recht. Genossenschaftliches Recht, körperschaftlich von irgendeiner innerhalb des Staates bestehenden Gemeinschaft erzeugtes Recht, kann nur nach Maßgabe der staatlichen Normen zustande kommen und Geltung besitzen. Alles körperschaftliche Recht, auch etwa vorhandenes kirchliches Recht kann nur Recht von abgeleiteter Rechtsgeltung sein (oben S. 11, 12).

Allein von dem gewonnenen Gesichtspunkt aus kann die Stellung des heutigen öffentlichen Rechts zu den kirchlichen Ordnungen richtig beurteilt werden.

Ein Beispiel soll das veranschaulichen.

In § 76 des Personenstandsgesetzes von 1875 heißt es:

„In streitigen Ehe- und Verlöbnissachen sind die bürgerlichen Gerichte ausschließlich zuständig. Eine geistliche oder

eine durch die Zugehörigkeit zu einem Glaubensbekenntnis bedingte Gerichtsbarkeit findet nicht statt."

Dagegen lautet § 15 Abs. 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung vom 1. Januar 1900:

„Die Ausübung einer geistlichen Gerichtsbarkeit in weltlichen Angelegenheiten ist ohne bürgerliche Wirkung. Dies gilt insbesondere von Ehe- und Verlöbnissachen."

Daß beide Reichsgesetze trotz verschiedenen Wortlautes den gleichen Inhalt haben, wird mit Recht allgemein angenommen. Aber welchen Inhalt?

Die allgemein herrschende Meinung ist, daß der letztangezogene § 15 des Gerichtsverfassungsgesetzes die „korrektere," die „präzisere" Fassung habe, daß also der erstangezogene § 76 des Personenstandsgesetzes im Sinne von § 15 des Gerichtsverfassungsgesetzes auszulegen sei: „Das Verhandeln und Entscheiden in Ehestreitigkeiten hat den geistlichen Gerichten nicht untersagt sein sollen; sie können fortamtieren, nur haben die Verhandlungen und Entscheidungen für das staatliche und bürgerliche Gebiet keine rechtliche Bedeutung und rechtliche Wirkung."[6]

Die allgemein herrschende Meinung ist also, daß geistliche Gerichtsbarkeit „nicht überhaupt, sondern nur ihre bürgerliche Wirkung" ausgeschlossen sei[7]. Aber diese Meinung ist irrig.

Selbstverständlich können sich irgendwelche katholische Konsistorialräte jeden Tag zusammensetzen und sagen: wir üben Ehegerichtsbarkeit aus. Deshalb wird ihnen nichts Leides angetan werden, so lange sie dieser Meinung weiter keine praktischen Folgen geben, so lange sie insbesondere keine Protestanten (etwa den protestantischen Eheteil einer gemischten Ehe) vor ein solches „geistliches Gericht" laden, oder ihm ihr geistliches „Urteil" in autoritärer Form kundzutun unternehmen. Ebenso ist es natürlich

---

[6] So Hinschius, Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes, Kommentar, 3. Aufl. 1890, S. 212. Ebenso Sartorius, Kommentar zum Personenstandsgesetz, 1902, S. 448. 449 u. a.

[7] Sartorius a. a. O.

jedem Katholiken unverboten, in der Entscheidung eines solchen Kollegiums eine ehegerichtliche Entscheidung zu erblicken und sich freiwillig nach ihr zu richten. Gedanken sind zollfrei. Damit ist aber nicht gesagt, daß ein solches Vorgehen einer katholisch-kirchlichen Behörde vom Standpunkt der Rechtsordnung als Ausübung einer Ehegerichtsbarkeit in irgendwelchem Sinne anzuerkennen ist.

Kann nach heutigem deutschem Recht eine geistliche Gerichtsbarkeit bestehen, wenngleich ohne bürgerliche Wirkung?

Die „bürgerliche Wirkung" fällt mit der Wirkung für den Staat und dessen Rechtsordnung zusammen. Die geistliche Gerichtsbarkeit hat also nach dem Gerichtsverfassungsgesetz keine staatlich-rechtliche Wirkung. Liegt darin, daß sie vom Standpunkt unseres Staates und unseres Rechtes überhaupt keine rechtliche Wirkung äußert? Dann ist der § 15 des Gerichtsverfassungsgesetzes im Sinne des § 76 unseres Personenstandsgesetzes zu verstehen. Auch § 15 würde sagen (gegen die herrschende Meinung): eine geistliche Gerichtsbarkeit findet nicht mehr statt. Denn Gerichtsbarkeit ohne jede rechtliche Wirkung ist ein Widerspruch in sich selbst.

Die allgemeine Ansicht aber ist, daß im Gegenteil der § 76 des Personenstandsgesetzes im Sinne von § 15 des Gerichtsverfassungsgesetzes verstanden werden müsse. Es sei also geistliche Gerichtsbarkeit „nicht überhaupt ausgeschlossen". Es gäbe darnach für unsere Reichsgesetzgebung (Personenstandsgesetz, Gerichtsverfassungsgesetz) noch eine andere Gerichtsbarkeit als die staatliche, zwar ohne Wirkung für das staatlich geltende Recht (ohne bürgerliche Wirkung), aber doch nicht ohne jede Rechtswirkung. So müßte es für unsere Reichsgesetzgebung noch ein anderes Recht geben als das staatlich geltende Recht, ein Recht, welches auch ohne staatliche Sanktion, folglich selbst in Widerspruch mit dem staatlichen Gesetz dennoch im Sinn unserer Reichsgesetzgebung Recht wäre. Nur unter dieser Voraussetzung ist eine anderweitige Gerichtsbarkeit außer der vom

Staate abgeleiteten überhaupt denkbar. Mit anderen Worten: die gemeinübliche Lehre vom „kirchlichen Recht" ist die Voraussetzung der gemeinüblichen Auslegung unserer Reichsgesetze. Mit dem kirchlichen Recht ist auch die kirchliche Gerichtsbarkeit gerettet: sie würde nicht von staatlichrechtlicher („bürgerlicher"), aber doch von kirchlichrechtlicher Wirkung sein. Indessen: „kirchliches" Recht ist niemals dagewesen. Für die katholische Kirche ist „kirchliches" Recht vollends undenkbar[8]. Mit dem kirchlichen Recht fällt auch die kirchliche Gerichtsbarkeit. Die geistliche „Gerichtsbarkeit" wäre eine Gerichtsbarkeit ohne jede Rechtswirkung!

Nach heutigem deutschen Reichsrecht gibt es kein geistliches Recht und keine geistliche Gerichtsbarkeit mehr. Der § 76 des Personenstandsgesetzes ist der „präzisere". Der § 15 des Gerichtsverfassungsgesetzes ist, — zweifellos mit Absicht, um jeden Anstoß auf katholischer Seite zu vermeiden, — weit undeutlicher, denn er läßt die entscheidende Frage, ob überhaupt noch eine andere als die staatliche (bügerlich wirkende) Gerichtsbarkeit gedacht werden könne, unbeantwortet. Aber durch die vorsichtige Ausdrucksweise des Gesetzgebers wird die Tatsache nicht erschüttert, daß heute in Deutschland kein geistliches Recht (geschweige denn „kirchliches" Recht) in rechtlicher Geltung steht, daß es darum andere als staatliche Gerichtsbarkeit nicht gibt.

Das ist es, was uns besonders für das Gebiet des Eherechts und folgeweise auch der Ehegerichtsbarkeit durch das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch bestätigt wird.

Zwar führt im BGB. der erste Abschnitt des vierten Buches die Überschrift: „bürgerliche Ehe". Aber keineswegs in dem Sinne, als ob es außer der im BGB. geregelten Ehe noch eine andere Ehe, etwa eine „kirchlich geschlossene" Ehe, außer dem im BGB.

---

[8] Das kanonische Recht der katholischen Kirche soll genossenschaftlich erzeugtes Recht einer Religionskörperschaft (Religionsgesellschaft) im Sinne der Aufklärung bedeuten! Man braucht diesen Leitsatz der herrschenden Lehre nur anzusehen, um seine geschichtliche Unmöglichkeit, zumal seine Unmöglichkeit auf dem Boden des Katholizismus zu erkennen.

enthaltenen Eherecht noch ein anderes Eherecht, etwa kirchliches oder geistliches Eherecht gäbe. Gerade das besagt der berühmte § 1588:

„Die kirchlichen Verpflichtungen in Ansehung der Ehe werden durch die Vorschriften dieses Abschnitts[9] nicht berührt."

Der Paragraph spricht von kirchlichen Verpflichtungen „in Ansehung der Ehe". Welcher Ehe? Der Ehe, die nach den Vorschriften des BGB. besteht (der „bürgerlichen Ehe"). Diese Ehe ist für das BGB. die Ehe (vgl. z. B. § 1317, 1564). Eine andere Ehe gibt es für das BGB. nicht. In Ansehung der Ehe, die das BGB. regelt, sind „kirchliche Verpflichtungen" möglich, deren Geltung unberührt bleibt. Das heißt: die Kirche kann für ihre Angehörigen hinsichtlich der Ehe Ordnungsvorschriften (sog. Sollvorschriften) erlassen, die ihre Angehörigen ihr gegenüber zu erfüllen verpflichtet sind. Gültigkeitsvorschriften (sog. Mußvorschriften) aber aufzustellen, ist die Kirche nach § 1588 nicht befugt. Gültigkeitsvorschriften haben bedingende, keine verpflichtende Wirkung: sie regeln nicht Verpflichtungen der Angehörigen des Gemeinwesens hinsichtlich eines Rechtsverhältnisses, sondern unmittelbar und lediglich das betreffende Rechtsverhältnis selbst. So ist die Vorschrift des BGB. § 518, nach welcher das Schenkungsversprechen gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedarf, keine Vorschrift über Verpflichtungen der Reichsangehörigen in Ansehung der Schenkung, sondern unmittelbar eine Vorschrift über die Schenkung. Ebenso bedeutet § 1317, nach welchem die Ehe nur vor dem Standesbeamten geschlossen werden kann, keine Vorschrift über Verpflichtungen hinsichtlich der Ehe, sondern eine Vorschrift unmittelbar über die Ehe. Von solchen, das Rechtsverhältnis selbst treffenden Gültigkeitsvorschriften ist die Kirche nach § 1588 ausgeschlossen: sie kann keine Vorschriften über die Ehe aufstellen, über Gültigkeit und Ungültig-

[9] Nämlich des Abschnitts über die „bürgerliche Ehe".

keit, über Zustandekommen und Aufhebung der Ehe[10]. Sie kann nur Vorschriften über Verpflichtungen ihrer Angehörigen in bezug auf die Ehe erlassen, deren Erfüllung für den rechtlichen Bestand der Ehe gleichgültig ist. Sie hat nach dem BGB. keine Ehegesetzgebung, sondern von Rechtswegen nur eine disziplinäre Gesetzgebung (die vom Staate abgeleitet ist und deshalb in den vom Staat bestimmten Grenzen sich bewegt) über das Verhalten ihrer Angehörigen zur kirchlichen Körperschaft. Die kirchlichen Vorschriften „in Ansehung der Ehe" sind kein Eherecht, sondern Vorschriften des Körperschaftsrechts über mitgliedschaftliche Verpflichtungen der Kirchenangehörigen.

Das BGB. kennt außer dem bürgerlichen (staatlichen) Eherecht kein anderes kirchliches oder geistliches Eherecht. Es folgt daraus wiederum, daß nach unserem Reichsrecht — entsprechend dem Rechtsbewußtsein unserer Zeit — wie geistliches Eherecht so auch geistliche Ehegerichtsbarkeit unmöglich ist. Soweit früher noch etwa geistliche Ehegerichtsbarkeit bestand, ist sie durch die Reichsgesetzgebung nicht bloß ihrer „bürgerlichen Wirkung" entkleidet, sondern aufgehoben worden. Der Staat von heute hat Macht über das Rechtsleben auch in der Kirche, und zwar von Rechts wegen, denn nur der Staat ist heute souverän und Rechtsquelle. Es gibt keine „vollkommene" Kirchengesellschaft mehr.

Durch die herrschende Lehre vom „kirchlichen Recht" wird das ganze öffentliche Recht der Gegenwart gefälscht.

Wo kirchliches Recht, da würde auch kirchliche Gesetzgebung und kirchliche Gerichtsbarkeit, d. h. kirchliche Obrigkeit sein. Gesetzgebung ist obrigkeitliche Rechtssetzung, Gerichtsbarkeit ist obrigkeitliche Rechtspflege, unabhängig von anderer Gewalt.

[10] Daß der Standesbeamte nach § 1313 die Eheleute nur kraft „dieses Gesetzes", also kraft des BGB., für „rechtmäßig verbunden" erklärt, hat folglich keine, die Rechtswirkung der standesamtlichen Eheschließung einschränkende Bedeutung, da nach dem BGB. „dieses Gesetz", nämlich das BGB., das einzige über die „rechtmäßige Verbundenheit" der Eheleute entscheidende Gesetz ist.

Gerade das ist die Meinung der Lehre vom „kirchlichen Recht". Die rechtliche Geltung des „kirchlichen Rechts", wie es auch mit der praktischen Durchsetzung bestellt sei, folgeweise ebenso die rechtliche Geltung kirchlicher Gerichtsbarkeit, kirchlicher Gesetze soll von der staatlichen Gesetzgebung unabhängig, d. h. sie soll souveräne Geltung sein. Wo Rechtsquelle ist, da ist notwendig Souveränetät[11]. Die Lehre vom „kirchlichen Recht" setzt die Kirchengewalt auch für das heutige Recht als zweite souveräne Gewalt neben die Staatsgewalt. Das aber ist das Gegenteil der Wahrheit.

In der Entwicklung der rechtserzeugenden Kräfte spiegelt sich am deutlichsten der ganze Gang der Rechtsgeschichte. An der Frage nach dem Dasein geistlichen Rechts entscheidet sich die Frage nach dem rechtlichen Machtverhältnis von Staat und Kirche, nach der rechtlichen Natur von Staatsgewalt und Kirchengewalt.

Es hat sich herausgestellt, daß es kein geistliches Recht mehr gibt. Dieser Satz bedeutet: nur noch die Staatsgewalt ist obrigkeitliche Gewalt. Obrigkeitliche Gewalt aber fällt mit öffentlicher Gewalt zusammen. So gelangen wir zu dem für das heutige deutsche öffentliche Recht grundlegenden Ergebnis: alle öffentliche Gewalt ist heute Staatsgewalt.

§ 6.

Der Standpunkt der lutherischen Reformation.

Die Kirche Christi ist unsichtbar. In diesem Satz haben wir die Eigenart des lutherischen Kirchenbegriffs, zugleich den Quellpunkt der lutherischen kirchenrechtlichen Entwicklung.

---

[11] Das lehrt denn auch Stutz, in Anschluß an Hinschius, indem er (in Kohlers Enzykl. a. a. O., vgl. oben S. 36 Anm. 5) die Kirche nebst ihrer Kirchengewalt für „inkommensurabel" erklärt mit dem Staat und der Staatsgewalt. Bei Hinschius, Staat und Kirche, in Marquardsens Handbuch des öff. R. der Gegenwart, Bd. 1, 1883, S. 254, 255 heißt es, daß die mit öffentlicher Korporationsqualität bekleidete Kirche eine eigene, nicht vom Staate abgeleitete, der staatlichen Souveränetät „verwandte" „obrigkeitliche Gewalt" besitze, die „zwar keine souveräne, aber ebenso wie die Staatsgewalt eine öffentlich-rechtliche Gewalt" sei; — ein vollkommener Widerspruch in sich selbst.

Die Kirche im religiösen Sinn, die Kirche als das Volk Gottes auf Erden ist ein Gegenstand des Glaubens, und „was man glaubt, das sieht man nicht", das kann mit den Augen des natürlichen Menschen nicht gesehen werden. Das Dasein des Volkes Gottes (der Ekklesia) bedeutet das Dasein eines neuen Lebens, eines überweltlichen Lebens inmitten dieser Welt, eines Lebens durch Christum mit und aus Gott. Daß es ein solches Leben gibt, kann dem Verstande nicht dargetan, noch von ihm begriffen werden. Die Kirche Christi ist darum für den Ungläubigen nicht da. Sie ist nur da für den, der selber an diesem Leben teil hat. Die Kirche Christi ist sichtbar für den Gläubigen. Er erkennt sie an ihren Lebenszeichen (den notae ecclesiae), vor allem an dem Leben des göttlichen Wortes: nicht an einem geschriebenen toten Wort, sondern an der Wortverwaltung (zu deren Formen auch das Sakrament gehört), an der Verkündigung der frohen Botschaft, die von Person zu Person gehend, den einen unmittelbar entzündet durch den anderen. Der Gläubige sieht, erfährt die Gemeinschaft der Gläubigen, die ihn trägt und nährt. Er empfindet die Macht, welche aus dem Leben des Volkes Gottes, aus dem lebendigen Wort in seine Seele strömt und ihn vergewissert, daß solches Wort aus göttlichem Geist geborenes an ihn gerichtetes Gotteswort bedeutet. Die Lebenszeichen der Kirche Christi (externae notae ecclesiae) werden in der äußerlich sichtbaren Christenheit offenbar — die Kirche Christi ist die Stadt auf dem Berge —, aber sie entspringen und gehören nicht der sichtbaren äußerlichen Christenheit, sondern der unsichtbaren Kirche Christi. Die unsichtbare Kirche ist eine Gemeinschaft auch dieser äußerlich erscheinenden Dinge: der in der sichtbaren Christenheit sich vollziehenden rechten Wort- und Sakramentsverwaltung, deren Frucht Friede, Freude, Gerechtigkeit und Werke christlicher Liebe sind. Aber sie ist eine Gemeinschaft dieser äußerlich hervortretenden Dinge nicht kraft äußeren gemeinsamen Besitzes, sondern nur als die Gemeinschaft des unsichtbaren geistlichen Lebens,

dem Wort und Werk entspringt[1]. Darum vermag denn auch diese Gemeinschaft, der Wort und Werk zugehören, niemand

---

[1] Augsb. Konf. Art. VII (J. T. Müller, Die symbolischen Bücher der evangelisch-lutherischen Kirche, 5. Aufl. 1882, S. 40): Est autem ecclesia congregatio sanctorum, in qua evangelium recte docetur et recte administrantur sacramenta. Das Urteil: in qua recte docetur etc., fügt dem Begriff der congregatio sanctorum nichts hinzu, sondern drückt aus, was in ihm enthalten ist. Das Wesen der congregatio sanctorum (der Kirche Christi) besteht darin, daß sie die Gemeinschaft der rechten Wort- und Sakramentsverwaltung ist, daß in ihr und durch sie das Wort Gottes verkündigt wird, daß in ihr und durch sie (durch ihre Vermittlung) Christus, Gott mit seinem Wort auf Erden lebt. Nur dadurch ist sie der Leib Christi, der unsichtbare, aber doch inmitten dieser sichtbaren Christenheit wirkende Körper, in dem und durch den Christus, Gott über Menschenseelen mächtig ist. Wo das Wort des Herrn verkündigt wird, da ist der Herr. So das Urchristentum (vgl. die Apostellehre IV, 1; ὅθεν γὰρ ἡ κυριότης λαλεῖται, ἐκεῖ κύριός ἐστιν mit den von Harnack in seiner Ausgabe angezogenen Parallelen); so auch die Augustana. Wo das Wort Gottes lebt, da ist das Volk Gottes. Die „Gemeinschaft der Heiligen", die wahre Kirche ist die Gemeinschaft der externae notae ecclesiae, der wahren, d. h. der lebenskräftigen Lehre und Sakramentsverwaltung. Das bestätigt die Apologie der Augsburgischen Konfession Art. VII, VIII (Müller S. 152): ecclesia non est tantum societas externarum rerum et rituum sicut aliae politiae, sed principaliter est societas fidei et spiritus sancti in cordibus, quae tamen habet externas notas (das sind die externae res, die der societas fidei gemeinsam sind), ut agnosci possit, videlicet puram evangelii doctrinam et administrationem sacramentorum consentaneam evangelio Christi. Et haec ecclesia (welche die societas fidei ist und die externae notae hat) sola dicitur corpus Christi, quod Christus spiritu suo renovat, sanctificat et gubernat. Die Kirche Christi (communio sanctorum) ist ihrem Wesen nach (principaliter) eine societas fidei in cordibus. Aber sie hat externae notae und muß sie haben, ut agnosci possit, damit sie (für den Gläubigen) erkennbar und wirkungsfähig sei. So ist die societas fidei zugleich eine societas externarum rerum ac rituum: der reinen Lehre und Sakramentsverwaltung. Der unsichtbaren Kirche gehört das reine Gotteswort, ein Satz, der mit dem anderen gleichbedeutend ist, daß auch das reine Gotteswort (pura doctrina), obgleich in der Form der Wortverkündigung zu den äußerlich erscheinenden Dingen (externae res) zählend, dennoch als solches (als das reine Wort) unsichtbar, d. h. nur dem Gläubigen sichtbar ist. Nur der Gläubige erkennt das wahre Wort an seiner Gotteskraft. Das äußerlich sichtbare Wort und Sakrament, welches der äußerlich sichtbaren „leiblichen" Christenheit (der später sogenannten ecclesia visibilis) angehört, fällt als solches nicht mit dem wahren Wort und Sakrament zusammen. Diese äußerlich sichtbare

zu sehen, es sei denn der Gläubige. Nur der Gläubige sieht und weiß, daß dies Wort und dies Werk Gottes Wort und Gottes Werk ist. Der Ungläubige sieht und hört nur das äußerliche, d. h. das tote Wort. Allein der Gläubige sieht, hört, erkennt das lebendige Wort, das aus dem Leben Gottes mit seinem Volke quellende Wort.

Die Kirche im religiösen Sinn, die Gemeinschaft des Volkes Gottes auf Erden, ist, auch sofern sie Wort und Sakrament besitzt, keine äußerlich sichtbare Größe. Sie kann darum kein objektives, anstaltliches, irgendwie auf den Besitz äußerlich wahrnehmbarer „heiliger Dinge" gegründetes Dasein haben. Die Kirche im Sinne der lutherischen Reformation ist keine heilige Anstalt, sondern ein heiliges Volk (Luther: ein christlich heilig Volk, das da glaubt an Christum): auch kein Volk, dem ein bestimmter (wenngleich äußerlich nicht wahrnehmbarer) Personenkreis fest angehörte, sondern ein Volk, dessen Glieder durch die Trägerschaft eines in Bewegung befindlichen, vom einen auf den anderen hinüberwirkenden geistlichen Lebensstromes bestimmt werden. Volk Gottes, Kirche Christi ist da, wo das neue Leben durch Christum mit und aus Gott sich verwirklicht, Leben von überirdischer Kraft, heute vielleicht in Dir mächtig, morgen in einem anderen. Das Volk Gottes ist keine irgendwie anstaltlich oder persönlich gebundene, faßbare Gemeinschaft. Das Volk Gottes ist unsichtbar[2].

Gemeinschaft kann überhaupt die notae ecclesiae nicht als ihr Eigentum besitzen: sie ist ja ohnedies sichtbar, bedarf keiner notae und hat darum keine notae, ut agnosci possit. Die unsichtbare Kirche, welche in der äußerlich sichtbaren Christenheit verborgen lebt, ist allein die Kirche Gottes, welche die notae ecclesiae hervorbringt, welche das wahre Gotteswort besitzt, — nicht als ein äußerlich wahrnehmbares Besitztum (das ist für die unsichtbare societas fidei in cordibus überhaupt unmöglich), sondern so, daß in ihr und durch sie das wahre Gotteswort gelehrt, d. h. zu dem lebendigen Wort gemacht wird, in dem täglich aufs neue Christi Geist, Gottes Geist der nach Gott dürstenden Menschheit sich offenbart.

[2] Hier muß zu der von Tröltsch, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen (Gesammelte Schriften, Bd. 1 1912) entwickelten Auffassung Stellung genommen werden. So geistvoll seine glänzenden Aus-

Luthers Kirchenbegriff *unterscheidet* sich von dem Kirchenbegriff des Urchristentums. Gewiß. In der Erkenntnis des

führungen über den lutherischen Kirchenbegriff und dessen Folgesätze sind (S. 439 ff., 513 ff.), so entschieden fordern sie dennoch, und zwar gerade in Bezug auf den Hauptpunkt, den Widerspruch heraus. Die in der lutherischen Reformation sich durchsetzende religiöse Idee entspricht nach *Tröltsch* (S. 448) dem „Kirchentypus". Den „Kirchentypus" aber hat *Tröltsch* (S. 362 ff., 368, 369, 488–490) ausschließlich an der Hand des *katholischen* Kirchentums gebildet. Entscheidend für den „Kirchengedanken" ist ihm die Auffassung der Kirche Christi (also der Kirche im religiösen Sinn) als einer *Heilsanstalt*, die, unabhängig von den subjektiven Leistungen der Personen, eine *objektive Heiligkeit* durch die *objektive Göttlichkeit* des der Anstalt eignenden Gnadenschatzes besitzt (Folgesätze: massenbeherrschende Organisation, Unterwerfung der weltlichen Obrigkeit, Entwicklung eines göttlichen Kirchenrechts). Die lutherische Lehre überhaupt ist für *Tröltsch* (S. 447) nur eine „Reduktion des mittelalterlichen Dogmas" (so *Tröltsch* obgleich die Hauptsache am mittelalterlichen Dogma, nämlich seine Unfehlbarkeit, verschwunden und damit das Dogma als „Dogma", als religiös *bindende* Lehre für die lutherische Reformation aufgehoben ist!). Dementsprechend ist denn auch für *Tröltsch* (S. 447, 450) der lutherische Kirchenbegriff nur eine „Reduktion", eine „Reform" des katholischen Kirchenbegriffs. Das eine ist so unzutreffend wie das andere, obgleich *Tröltsch* in bezug auf den Kirchenbegriff die herrschende Lehre (von der Kirche als einer göttlichen Anstalt) für sich hat. Auch nach lutherischem Begriff soll (lehrt *Tröltsch*) die Kirche im religiösen Sinne eine *Heilsanstalt* sein, deren *objektive Heiligkeit* durch die objektive Göttlichkeit, zwar nicht mehr der Tradition, des Priestertums, des äußerlichen Sakraments (wie nach katholischer Anschauung), aber des „*Worts*" begründet wird. Unter „Wort" versteht *Tröltsch* hier die *Bibel*, das „durch die Bibel vermittelte Christusbild" (S. 440, 441), das „biblische Wort von Christus" (S. 450), das „Wort von der Sündenvergebung" (S. 490). Das „biblische Wort von Christus" ist „der aller Subjektivität entrückte, schlechthin gesicherte und mit supranaturaler Wirkungskraft ausgestattete soziologische Beziehungspunkt, von dem aus es gilt, die Kirche zu rekonstruieren"; es leistet dem Protestantismus, was Episkopat und Papsttum dem Katholizismus geleistet hatten (S. 450). Zwar muß die Kirche nicht bloß im Wort, sondern auch in der wiedergeborenen heiligen Gemeinde bestehen, aber diese Gemeinschaft wahrer Christen ist immer nur das Korrelat, Produkt des sie erzeugenden Wortes und des Predigtamtes; wäre auch nur ein Gläubiger da, so „wäre die *Kirche als Anstalt da*", denn sie ist „im Wort immer virtuell enthalten"; „die Kirche wäre da, *auch wenn es nichts gäbe als das Wort*" (S. 450). Luther will „die Objektivität der Anstalt und die Subjektivität der persönlichen Christlichkeit in seinem Begriff von Wort und Glaube als den bildenden Grundkräften der Kirche vereinigen" (die Kirche Luthers würde also auch nach *Tröltsch* eigentlich beides sein sollen, *zugleich* Anstalt und Gemeinschaft, ebenso wie nach der herrschenden Lehre). In seiner ersten Zeit wollte Luther

Wesens des Christentums sind wir auch durch das Urchristentum nicht gebunden. Luther hat seinen Kirchenbegriff aus dem von

darum einen „Mittelweg“ zwischen Kirchenideal und Gemeindeideal, aber der Kirchengedanke behielt die Vorherrschaft und bestimmte ausschließlich die endgültige Ordnung (S. 467, 468 in der Anm.). Das Entscheidende für Luthers Kirchenbegriff ist nach Tröltsch die Gründung der Kirche auf den Besitz der wunderkräftigen Schrift. „Die Schrift als die Trägerin der reinen Lehre von der sündenvergebenden und erneuernden Gnade bewirkt alles rein durch sich selbst, durch ihre dem Glauben gewisse innere Wunderkraft“; „die Schrift oder der in und durch die Schrift wirksame Christus vollzieht das Werk der Predigt und der Sakramente,“ der Geistliche ist „nur ihr Organ“; „die Schrift oder Christus durch sie flößt den Glauben, die Liebe und den Gehorsam ein,“ „durch die Schrift regiert Christus die Kirche“; die Gemeinde ist „nur das Produkt der Schrift und der reinen Lehre“ (S. 514, 515). Das geistliche Amt ist demnach „die geordnete Durchgangsstelle für die Selbstauswirkung der Schrift“ (S. 515), ein „Schriftamt“ (S. 519), und die Kirche im religiösen Sinn eine „auf das Wunder der Schrift erbaute Schriftkirche“ (S. 515). So Tröltsch. Aber gerade das Gegenteil ist die Meinung der lutherischen Reformation. Man braucht nur die Augustana aufzuschlagen. Trotz des lutherischen „Schriftprinzips“ (Ablehnung der Tradition) gehört die Schrift nicht zu den notae ecclesiae. Gerade weil sie etwas Objektives, geschichtlich Gegebenes, äußerlich Wahrnehmbares ist. Die Schrift kann überall sein, auch bei Ungläubigen. Was heute den Gläubigen das Dasein des Volkes Gottes gewiß macht (nota ecclesiae), ist nicht das in der Vergangenheit abgeschlossene Schriftwort als solches, sondern das in der Gegenwart lebendige Gotteswort, genährt an dem Heilsinhalt der Schrift, aber nicht gebunden an den Buchstaben der Schrift. Das redende Evangelium, in unserer Sprache sprechend, ewigen Inhalt in immer neuen Zungen verkündigend, ist, wenngleich in den vergänglichen Formen unseres Geisteslebens dargeboten, die Macht und das Kennzeichen des Volkes Gottes. Nicht das „biblische Christusbild“, sondern der in den Gläubigen lebende Christus selber ist der kostbare, überirdische und überschwängliche Besitz der Kirche Christi, sich offenbarend nicht in der Schrift, sondern in der Predigt des Evangeliums. Das sagt die Augustana mit den Worten: in qua recte docetur evangelium. Genau das gleiche sagt auch Luther. Bei Tröltsch heißt es: wo das Wort (die Bibel) ist, da ist die Kirche als Anstalt; bei Luther aber: wo das Wort („Tauff und Evangelium“) ist, da sind Heilige. Tröltsch: die Schrift ist das Kennzeichen der Kirche; Luther: visibile signum ecclesiae omnium potissimum evangelium; non de evangelio scripto sed de vocali loquor. Tröltsch: Die Schrift „bewirkt alles durch sich selbst“; Luther: „Gott hat beschlossen, daß niemand soll und kann glauben noch den heiligen Geist empfahen ohne das Evangelium, so mündlich gepredigt wird“. Tröltsch: „Christus regiert die Kirche durch die Schrift“; Luther: „Christus herrscht allein durch das mündliche Wort oder Predigtamt.“

ihm neu erlebten Inhalt des Evangeliums geschöpft. Die altheidnische und altjüdische Vorstellung von einem national bestimmten Volke Gottes war schon vom Urchristentum überwunden. An die ganze Völkerwelt erging die Predigt des Evangeliums, die Berufung zur Bürgerschaft im Volke und Reiche Gottes. Aber der Gedanke eines sichtbaren Volkes Gottes behauptete sich als letzter Nachklang der uraltheidnischen Idee von der Zugehörigkeit der Volksgottheit zu diesem sichtbaren Volk: war doch die Christenheit das neutestamentliche Volk Israel. So war das Urchristentum zu der Unsichtbarkeit des Volkes Gottes noch nicht gelangt. Dadurch ist das Urchristentum katholisch

---

Tröltsch: Die Kirche entsteht durch die Schrift; Luther: Dadurch, daß „Gottes Wort gesagt wird, darumb wirt die Kirche"; Tröltsch: durch das Mittel des Predigtamts („Schriftamts") wirkt die Schrift; Luther: „wenn Gottes Wort aus einem gläubigen Munde hergeht, so sind es lebendige Wort und können vom Tode erretten". (Die im vorigen benutzten Äußerungen Luthers sind bereits gesammelt in: Kirchenrecht Bd. 1, S. 465, 466, 469, 492 in den Anmerkungen.) Nach Tröltsch wäre lutherisch die Schrift der Leib Christi (das Organ des Lebens Christi auf Erden), für Luther und das lutherische Bekenntnis aber ist (ebenso wie für das Urchristentum) das Volk Gottes (congregatio sanctorum) der Leib Christi. Die Kirche Gottes ist lutherisch eine Volkskirche, ein „christlich heilig Volk", keine „Schriftkirche". Das lutherische Bekenntnis setzt die Kirche im religiösen Sinn nur als Gemeinschaft, nicht als Anstalt. Es gibt nichts Objektives, äußerlich Wahrnehmbares, worauf sie gegründet, woran sie gebunden, wodurch sie mit objektiv heiligem Besitz ausgerüstet wäre. Auch gibt es keinen irgendwie in ihr ständig vereinigten Kreis von heiligen Personen. (man darf die Kirche des lutherischen Bekenntnisses darum auch nicht als „Personenvereinigung" bezeichnen). Heilig ist in ihr und an ihr nur das Leben, welches, aus Gott stammend, in die Herzen der Gläubigen sich ergießt, ein Strom göttlichen Geistes von ungebundenem, unberechenbarem und unsichtbarem Lauf. Darum ist die Kirche Christi unsichtbar. Das ist die neue Erkenntnis gegenüber dem Urchristentum. Das ist zugleich die Überwindung des Katholizismus. Der katholische Kirchenbegriff ist durch die Reformation Luthers nicht bloß „reduziert" oder „reformiert", sondern aufgehoben worden. Die Kirche Christi ist nicht die sichtbare Gemeinschaft objektiver Heiligtümer, sondern die notwendig unsichtbare Gemeinschaft, Teilhaberschaft unsichtbaren heiligen Lebens. Damit ist der „Kirchentypus" in dem von Tröltsch entwickelten Sinne für die lutherische Reformation ausgeschlossen. Der lutherische Kirchengedanke ist nicht eine Abart des katholischen, sondern die Macht, vor welcher alles katholische und katholisierende Kirchentum verschwindet.

geworden[3]. Die Entdeckung Luthers aber, daß die Kirche Christi unsichtbar sei, schloß die Aufhebung der Nachwirkungen uralten Heidentums und zugleich die Aufhebung des Katholizismus in sich.

Die Kirche Christi ist unsichtbar. Darum gibt es keine sichtbare Gemeinschaft, welche als solche die Kirche Christi wäre. Auch sofern sie Wort und Sakrament besitzt und verwaltet, ist die sichtbare, „leibliche" Christenheit nicht Kirche Christi. Sie besitzt Wort und Sakrament nur äußerlich, scheinbar. Gerade sofern es wahres Gotteswort ist, das in der sichtbaren Christenheit sich geltend macht, gehört es nicht der sichtbaren, sondern der verborgenen, unsichtbaren Christenheit. Die sichtbare Christenheit hat nicht den Geist Gottes, ist nicht das Volk Gottes, hat nicht das Wort Gottes. Die sichtbare Christenheit ist nicht mehr ein doppeltes, wie dereinst im Mittelalter. Sie ist nur noch die christliche Welt, nicht auch die christliche Kirche. Auch sofern sie Wort- und Sakramentsgemeinschaft hervorbringt, ist sie nur Welt, gar nicht Kirche. Es gibt keine sichtbare Kirche[4].

[3] Das ist der Inhalt meiner Abhandlung über Wesen und Ursprung des Katholizismus (1912). — Vgl. auch oben S. 15, Anm. 8.

[4] Kahl, Der Rechtsinhalt des Konkordienbuchs (Berliner Festgabe für O. Gierke, 1910) S. 21, 22 behauptet, daß die lutherischen Bekenntnisschriften eine „Zweiheit des Kirchenbegriffs" haben: einerseits die Kirche kraft „Einheit des Glaubens" (die unsichtbare Kirche), andererseits die Kirche kraft „Einheit von Wort und Sakrament" (die sichtbare Kirche). Kahl verkennt die Tatsache, daß die notae ecclesiae der unsichtbaren Kirche zugehören (vgl. oben Anm. 1). Gerade die unsichtbare, wahre, über alle sichtbaren Kirchengemeinschaften ausgebreitete Kirche Christi hat die „Einheit von Wort und Sakrament" (nämlich des wahren Worts und des wahren Sakraments), wie auch die (sichtbaren) Bekenntnisse der (sichtbaren) einzelnen Kirchengemeinschaften lauten mögen. Kahl meint, daß nach den Bekenntnisschriften die unsichtbare Kirche (die „Personenvereinigung im Geist") „ohne äußere Kennzeichen" sei. Aber gerade das Gegenteil ist der Inhalt des lutherischen Bekenntnisses. Das Richtige hat hier bereits R. Seeberg, Studien zur Geschichte des Begriffs der Kirche (1885) S. 93, 101. Luther, Von dem Papsttum zu Rom (1520) spricht zwar von „zwo Kirchen", der „geistlichen innerlichen" und der „leiblichen äußerlichen" Christenheit. Aber nur die geistliche (unsichtbare) Kirche ist ihm die „wesentliche und wahrhaftige", die leibliche (sichtbare) Kirche dagegen eine „gemachte und äußerliche". Es geschieht dem Wort „Kirche" Gewalt, ja es dient zur „Verführung der Seelen", wenn auch solch „äußerlich Wesen" den Namen

So ist Wort und Bekenntnis der sichtbaren Christenheit als solches immer nur Wort und Bekenntnis der christlichen Welt, nie-

---

Kirche führt. Die Schrift kennt, sagt Luther, nur eine Kirche, die geistliche; lediglich von menschlicher Rechtsordnung („geistlichem Recht und Menschengesetz") wird auch die leibliche Kirche (die Kirche im Rechtssinn) eine Kirche genannt (Luthers Werke, Weim. Ausg. Bd. 6, S. 296, 297; Erl. Ausg. Bd. 27, S. 101, 102). Dementsprechend erscheint wie in der Augustana, so auch in der Apologie (vgl. oben Anm. 1) nur die unsichtbare Kirche, die congregatio sanctorum, die societas fidei, als die Kirche, als die „eigentliche", die „wahre" Kirche; nur sie ist das corpus Christi, das regnum Christi, die Trägerin der signa ecclesiae, die Wohnstätte des heiligen Geistes. Keine externa politia ist Kirche (Apol. Art. VII, VIII, Müller S. 154: quid intererit inter populum legis et ecclesiam, si ecclesia est externa politia?); die äußerlich sichtbare Gemeinschaft, in welcher Böse und Gerechte durcheinander sind, ist nicht Kirche, sondern Welt, Apol. VII, VIII (S. 155): agrum (das Land, auf welches der Same des göttlichen Wortes ausgestreut wird) dicit mundum esse non ecclesiam. Die äußerlich sichtbare Gemeinschaft von Wort und Sakrament (die externa politia) ist nicht sichtbare Kirche, sondern keine Kirche. Diese Klarheit des reformatorischen Kirchenbegriffs ist erst in der dritten Ausgabe von Melanchthons Loci (von 1543) getrübt worden (vgl. Seeberg S. 111. Rieker, Rechtliche Stellung der evangelischen Kirche S. 48). Hier erscheint eine doppelte Kirche: neben der ecclesia invisibilis die ecclesia visibilis, die äußere Gemeinschaft von Wort und Sakrament. Das ist von der lutherischen Orthodoxie aufgenommen worden. Auch die externa societas signorum ac rituum ecclesiae, der coetus vocatorum (im Gegensatz zum coetus electorum) ist und heißt Kirche, ecclesia visibilis (vgl. Seeberg S. 141 ff.). So wurde der Gedanke der Aufklärung möglich: Kirche, nämlich sichtbare Kirche, ist die christliche Religionsgesellschaft (vgl. Seeberg S. 155. Rieker S. 241, 242). Auch die rechtlich verfaßte Kirche, die Kirche im Rechtssinne empfing den Namen Kirche. Das ist der noch heute allgemein herrschende Sprachgebrauch, zugleich die Quelle vielfältiger Begriffsverwirrung. Das Wort Kirche ist dadurch noch „blinder" geworden als es jemals war. Der lutherischen Reformation ist (ebenso wie dem Katholizismus und der ganzen alten Zeit) Kirche nur die Kirche im religiösen Sinn, also lutherisch (im Gegensatz zum Katholizismus) nur die unsichtbare Kirche. Erst das lutherische Epigonentum hat die sichtbare, verfaßte „Kirche" zur „Verführung vieler Seelen" gleichfalls unter den Kirchenbegriff gebracht und damit die noch heute herrschende Vorstellung erzeugt, als ob auch in der rechtlich verfaßten Kirche als solcher etwas Geistliches, etwas von Kirche im religiösen Sinn sein müßte. Durch die Idee von der äußerlich sichtbaren Kirche ward der noch immer gemeinverbreitete, katholisierende, geistliche und leibliche Kirche vermengende Begriff von der Kirche als göttlicher Anstalt hervorgebracht. Gerade diesen unlutherischen Standpunkt verteidigt auch Tröltsch als den echtlutherischen (vgl. oben Anm. 2). Infolge dessen fehlt auch bei Tröltsch in der Dar-

mals Wort und Bekenntnis der christlichen Kirche (der Kirche Christi). Das Wort der christlichen Welt ist selbstverständlich

---

stellung der lutherischen Reformation die scharfe Scheidung zwischen der sichtbaren äußerlichen Wort- und Sakramentsgemeinschaft und der (unsichtbaren) Kirche. Von Tröltsch wird vielmehr das corpus Christianum, die christliche Gesellschaft, d. h. der christliche Staat, mit der Kirche Luthers (dem heiligen christlichen Volk!) gleichgesetzt. Es heißt z. B. S. 470: „Beide Ordnungen, die gesellschaftlich-staatliche und die kirchlich-geistliche Einheit fallen ihm (Luther) wie dem Mittelalter zusammen." S. 471: Die Forderung der „christlichen Gesellschaftseinheit" bedeutete das „Ideal der Einheitskirche". S. 451: Durch Luther ist „die allgemeine Weltkirche nicht aufgehoben und damit der Katholizismus gewahrt"; „nicht die unsichtbare Kirche ist das richtige Kennwort für Luthers Kirchenbegriff, obwohl er selbst gelegentlich diesen verwirrenden Ausdruck gebraucht hat, sondern die an Wort und Sakrament sichtbare, in ihren rein geistigen Wirkungen dagegen unsichtbare und unmeßbare Kirche". Ja, wenn das richtig wäre, wenn Luthers Ideal wirklich eine sichtbare, die ganze „christliche Gesellschaft" (das corpus Christianum) umspannende Weltkirche gewesen wäre, so wäre er katholisch geblieben. Es ist aber nichts gewisser als dieses, daß für Luther und die lutherischen Bekenntnisschriften die christliche Kirche (die „geistliche" Christenheit) etwas ganz anderes ist als die christliche Welt (die „leibliche" Christenheit, der „christliche Körper"). Die Kirche (die geistliche wahre Kirche) ist für Luther nicht bloß, wie Tröltsch behauptet, in ihren „rein geistigen Wirkungen" (das würde auch vom katholischen Standpunkt zutreffen), sondern in ihrem Dasein unsichtbar (das ist es, was den Katholizismus aufhebt). Der Anstaltsbegriff, von dem auch Tröltsch für die lutherische Lehre von der Kirche ausgeht, fordert etwas Äußerliches, Sichtbares, Organisatorisches, „Soziologisches". Tröltsch findet diesen „soziologischen Beziehungspunkt" für die Kirche des lutherischen Bekenntnisses in der Schrift (oben Anm. 2). Wo die Schrift ist, da soll nach Tröltsch das „Wort" und damit die Kirche Luthers sein. Die Schrift ist sichtbar. Die „christliche Gesellschaft" hat die Schrift, das sichtbare Wort (sie ist die äußere Gemeinschaft von Wort und Sakrament). So wäre die christliche Gesellschaft zugleich die christliche Kirche (die Kirche Luthers), auch wenn wenige oder vielleicht gar keine wirklich Gläubigen in ihrer Mitte sind (Tröltsch S. 450: im Wort ist die Kirche als Anstalt). Aber wiederum ist nichts gewisser als dieses, daß kein geschriebenes Wort, nicht die Schrift, auch kein aufgesetztes Bekenntnis, sondern nur das lebendige Wort für die lutherische Reformation das Kennzeichen der wahren Kirche darstellt, und daß das lebendige Wort als Wort Gottes nur dem Gläubigen sichtbar, d. h. unsichtbar ist. Gottes „Wort und Sakrament" ist ein Gegenstand des Glaubens, und „was man glaubt, das sieht man nicht". Tröltsch setzt das Wort als sichtbar. Das entspricht der Art der lutherischen Orthodoxie (die hier unter dem Einfluß der humanistischen Auffassung des „Wortes" stand, vgl. Walter Sohm, Die Schule Johann Sturms und die Kirche Straßburgs, 1912, S. 217, 218).

religiös unverbindlich, ist fehlbares Menschenwort, nicht unfehlbares Gotteswort. Sichtbares (äußerlich sichtbares) Bekenntnis (Wort) der unsichtbaren Kirche Christi aber ist überhaupt nicht vorstellbar. So gibt es keine unfehlbare Kirche.

Die Kirche Christi ist keine Bekenntniskirche. Hätte sie ein sichtbares Lehrbekenntnis, so wäre sie nicht unsichtbar. Ihr Wesen ist nicht formulierte Lehre, sondern Teilhaberschaft an dem durch Christum der Welt gebrachten geistlichen, göttlichen, heiligen Leben, das mit den verschiedensten Arten und Stufen geistlicher Erkenntnis sich verbinden kann. Darum ist nach unstreitiger protestantischer Glaubensüberzeugung die christliche Kirche (die wahre Kirche, die Kirche im religiösen Sinn) über alle Bekenntnisse ausgebreitet. Sie ist überkonfessionell. Sie kann nicht konfessionell sein. Sie hängt niemals an dem: was dünkt euch von Christo? Das ist eine Frage für Schriftgelehrte und Pharisäer, deren Weisheit daran zuschanden wird. Sie hängt nur an dem: hast du Christum? Hast du durch Christum den gnädigen Gott gefunden als den Herrn und als die Quelle deines Lebens? Das Wort des Evangeliums, der frohen Botschaft von dem Reiche Gottes in den Menschenherzen kann in kein Menschenwort eingefangen werden. Immer muß der christliche Glaube nach einem Ausdruck ringen, in welchem er den Inhalt seiner Zuversicht sich zum Bewußtsein bringt. Undogmatisches Christentum gibt es nicht. Immer muß Dogmatik sein, aber niemals Dogmen, mit deren Feststellung endgiltig „Beschluß" über das Wesen des Christentums gefaßt

---

Aber es entspricht nicht der Art des lutherischen Bekenntnisses. Auf dem Gebiet des Staatslebens (der „christlichen Gesellschaft") hat Luther dem Mittelalter reichlich seinen Tribut gezahlt. Das steht an dieser Stelle nicht in Frage. Auf dem Gebiet des kirchlichen Lebens (im religiösen Sinn), d. h. des geistlichen Lebens hat Luther dennoch das Mittelalter und mit ihm den Katholizismus in allen seinen Stücken aus den Angeln gehoben und damit weitgehende Wirkung auch auf die weltliche Entwicklung geübt. Die Kraft aber, durch welche die lutherische Reformation zu solcher Großtat befähigt wurde, war der die ganze Folgezeit beherrschende, zu immer mächtigerer Wirkung aufsteigende Gedanke von der unsichtbaren Kirche und dem unsichtbaren Wort.

wäre. Auch in der unvollkommensten Dogmatik kann der alleinseligmachende Inhalt des Evangeliums enthalten und wirksam sein. Aber ein alleinseligmachendes Dogma, eine alleinseligmachende Lehre gibt es nicht[5]. Der Protestantismus kennt überhaupt keinen Glauben an eine Kirchenlehre, auch keinen Glauben an die Schrift. Das wäre bloßes Fürwahrhalten. Glauben im protestantischen Sinn ist Welt und Tod überwindendes Vertrauen. Glauben kann man nur an eine lebendige Persönlichkeit: an Christum und durch Christum an Gott. Nicht irgendwelche Lehre, nur der Glaube macht selig, der in dem dargebotenen Wort des Hirten Stimme hört. Nicht irgendwelche sichtbare Lehrgemeinschaft, nur die unsichtbare Glaubensgemeinschaft der Kirche Christi kann die alleinseligmachende Gemeinschaft sein. Es gibt keine sichtbare alleinseligmachende Kirche.

---

[5] Tröltsch a. a. O. S. 467, 472, 520 (in der Anm.) spricht von dem lutherischen „Gedanken der alleinseligmachenden Kirche" und von dem aus diesem Kirchengedanken folgenden „Ideal einer universalen Herrschaft der absoluten und alleinseligmachenden Wahrheit (S. 520: „der alleinseligmachenden objektiven Lehre") über die Gesellschaft", die der Staat dann mit seinen Zwangsmitteln verwirklicht. Aber die Zwangsherrschaft des landesherrlichen Kirchenregiments in den lutherischen Landen, die zum Teil grausame Verfolgung von Schwärmern und Täufern ist zweifellos nicht eine Folge des lutherischen Kirchenbegriffs, sondern eine Nachwirkung des vom Mittelalter übernommenen, von Luther noch nicht überwundenen katholischen Staatsbegriffes (der Idee des christlichen Staates). Daß es im Grundsatz vom lutherischen Standpunkt keine unfehlbare Kirche gab und gibt, und folgeweise keine unfehlbare, d. h. keine alleinseligmachende Kirchenlehre, steht außer allem Zweifel. Die Idee einer sichtbaren, die reine Lehre besitzenden Kirche (ecclesia visibilis vera) stammt aus den späteren Jahren Melanchthons: sie ist lutherisch-orthodox (vgl. Seeberg, S. 110, 141, 148, 151), aber nicht lutherisch. Ja, man wird sagen müssen: der lutherische Begriff der unsichtbaren Kirche, von dem aus jede religiöse Verbindlichkeit der amtlichen Kirchenlehre verschwand, war die entscheidende große Wahrheit, welche dem Toleranzgedanken der Zukunft und damit der ganzen Aufklärungsbewegung die Bahn brach. Gerade der Selbstwiderspruch, den die weltliche Zwangsherrschaft des landesherrlichen Kirchenregiments vom lutherischen Standpunkt in sich trug, bedeutete die innere Notwendigkeit, kraft deren im Laufe der Folgezeit die Aufhebung jeder Gewalt des Staates über den Inhalt des religiösen Lebens sich durchsetzte. — Vgl. Th. Brieger, Die Reformation, 1914, S. 85, 86.

Alles was in katholischem Sinne Kirche heißt, ist verschwunden. In den weiten Landen der Christenheit ist keine Kirche Christi mehr zu sehen. Sie ist da, sie lebt, aber sie lebt nur als die unsichtbare „Seele" der sichtbaren „leiblichen" Christenheit.

Auch für die lutherische Reformation steht das Ganze des gesellschaftlichen Lebens noch unter religiösen Vorzeichen. Der Gedanke des christlichen Staates ist noch da. Darin ist die Art des Mittelalters geblieben. Die Größe, um welche es sich in der gesamten gesellschaftlichen Ordnung handelt, ist die Christenheit, und zwar die Christenheit als der sichtbare Leib der unsichtbaren Kirche Christi. Aber die Ordnung der sichtbaren Christenheit kann nur weltliche, kann nur staatliche Ordnung sein.

Immer noch erscheint die Christenheit als die sittlich notwendige äußere Gemeinschaft, der im Grundsatz die ganze Menschheit angehören muß. Die Idee des Weltreichs ist noch am Leben. Die Idee des Weltrechts ist mit ihr verbunden. Gerade in den Tagen der Reformation vollzieht sich in Deutschland die Aufnahme des „kaiserlichen gemeinen" Rechts, des römischen Weltrechts.

Für alle Getauften erscheint die sichtbare Christenheit als die weltliche Zwangsgemeinschaft, deren Ordnungen und Obrigkeiten (Kaiser, Landesherr, Ortsgewalten) sie kraft ihres Christenstandes ohne Rücksicht auf ihren Willen unterworfen sind. Auch sofern die sichtbare Christenheit für Wort- und Sakramentsverwaltung organisiert ist, bedeutet sie die Christenheit als weltliche Zwangsgemeinschaft, der jeder Christ als solcher zugehört und Gehorsam schuldet. Auch die um Wort und Sakrament versammelte sichtbare Christenheit ist Welt.

Hier wird der ungeheure Umschwung offenbar, der — trotz des Fortwirkens der Idee der Christenheit, und trotz der andauernden Herrschaft religiöser Gedanken über die zwangsweise Handhabung der „christlichen" Staatsgewalt — die Welt der Reformation von der Welt des Mittelalters scheidet. Ein Erdbeben hat stattgefunden. Der eine von den beiden Hochgipfeln, in denen der gesellschaftliche Aufbau der Christenheit sich

emportürmte, ist eingestürzt. Das Papsttum, die geistliche Obrigkeit, ist nicht mehr vorhanden. Auch die Gemeinschaft von Wort- und Sakramentsverwaltung ist als Stück der Welt der weltlichen Obrigkeit untertan.

Es gibt keine geistliche, d. h. keine von Gottes Geist erfüllte und geleitete Zwangsgemeinschaft mehr, keine sichtbare Gemeinschaft, welcher der Christ angehören müßte, um an Gottes Geist, Gottes Gnadenführung und Gnadengaben Anteil zu erlangen. Der Christ gehört notwendig zur Christenheit als Welt (Staat). Aber es gibt keine andere äußere Gemeinschaft, der er kraft seines Christenstandes anzugehören hätte. Die geistliche wahre Christenheit Luthers ist keine äußere Gemeinschaft. So kann sie keine Zwangsgemeinschaft sein. Die Kirche Christi des lutherischen Glaubensbekenntnisses ist darum keine Rechtsquelle. Die geistliche Kirche Luthers ist durch keine äußere Ordnung bedingt, kann durch keine äußere Ordnung begründet oder aufgehoben oder berührt werden[6]. Es gibt kein geistliches

[6] Tröltsch, S. 518—520 will in Anschluß an die bisher herrschende Lehre den Satz festhalten, daß vom lutherischen Standpunkt „dogmatisch die Notwendigkeit eines geordneten Amtes gegeben war". „Daß ein Amt überhaupt sei, und daß es auf geordnete Weise übertragen werden müsse", erscheint als „Gottesordnung". „So bleibt also ein ius divinum auch im Protestantismus", „ein Kirchenrecht iure divino", soweit es sich um das Dasein des Amtes überhaupt und um dessen geordnete Besetzung handelt. Durch diese „indirekte Göttlichkeit des Grundelements des Kirchenrechts" werde dann auch dem übrigen „vom Staate ausgeübten Kirchenrecht der Schimmer einer gewissen Göttlichkeit", eine „gewisse Halbgöttlichkeit" mitgeteilt. Aber Art. XIV der Augustana (quod nemo debeat in ecclesia publice docere aut sacramenta administrare, nisi rite vocatus) handelt nur vom öffentlichen Predigtamt, d. h. von dem Predigtamt, welches nicht der Kirche im religiösen Sinne angehört. Der Kirche im religiösen Sinn entspringt lediglich das Predigtamt, welches „allen Christen gemein ist", das im allgemeinen Priestertum enthaltene „Predigtamt" eines jeden gläubigen Christen. Dies allgemeine, aller rechtlichen Befugnisse entbehrende Predigtamt besteht „iure divino" (im protestantischen Sinn vgl. unten), d. h. kraft des Wesens des Christentums. Das öffentliche, mit Rechten ausgerüstete Predigtamt aber beruht auf menschlichem Belieben, welches das, was allen (iure divino) zuständig wäre, um der Ordnung willen einem einzelnen als Amt überträgt. Es hat rechtliche Gemeindebildung (Pfarrsprengel, Bistum u. dergl.) zur Voraussetzung. Es gehört,

Recht. Wie keine äußere Ordnung, so ist auch keine äußerlich wirkende Befehlsgewalt denkbar, die um der Erhaltung der geistlichen Kirche willen notwendig wäre. Das geistliche Leben der Kirche Christi fordert keine Zwangsgewalt, kann durch keine Zwangsgewalt begründet oder aufgehoben oder berührt werden. Es gibt keine geistliche Obrigkeit. Die Kirche Christi kann keine irgend welchem äußeren Gemeinleben selbstherrlich gebietende Macht sein. Als unsichtbare Größe ist sie unabhängig von jeder weltlichen Gewalt, aber auch ihrerseits jeder äußerlich wirkenden Gewalt unfähig. Es gibt keine selbstherrliche Kirche.

---

was ja allem Zweifel entrückt ist, zu der äußeren Ordnung der sichtbaren Christenheit, der leiblichen „Kirche", wenngleich es in seiner Tätigkeit der wahren Kirche (dem „Kirchenregiment" im religiösen Sinne) dient. In Art. XIV beschäftigt die Augustana ebenso wie in den beiden nächstfolgenden Artikeln XV (de ritibus ecclesiasticis) und XVI (de rebus civilibus) sich mit der Ordnung der sichtbaren weltlichen Christenheit, also mit einer Ordnung, die zwar religiöse Beweggründe, aber keinen religiösen Inhalt hat, folglich kein geistlich wirkendes und darum kein geistlich notwendiges „göttliches Recht" zum Ausdruck bringt. Darum sagt denn auch Luther in seiner Schrift vom Papsttum a. a. O. (oben Anm. 4), daß die geistliche wahre Kirche auch „ohne den Leib", d. h. auch ohne eine ihr dienende rechtliche Ordnung der leiblichen Christenheit (ohne „Pfarr, Bistum, Erzbistum, Papsttum") bestehen könne (es „lebet wohl die Seele im Leibe und auch wohl ahn den Leib"). Das öffentliche Predigtamt ist als solches für Luther weltliches Predigtamt (gehört zu dem „äußerlichen Wesen"), ist iure divino (geistlich) entbehrlich: nichts „Göttliches", noch „Halbgöttliches", nur das Ordnungsbedürfnis der äußeren weltlichen Gemeinschaft kommt in ihm zum Ausdruck und lediglich um dieses weltlichen Ordnungsbedürfnisses willen wird „ordentliche Berufung" gefordert. Die allgemein herrschende (auch z. B. von Kahl, Rechtsinhalt des Konkordienbuches, S. 22, 23 vertretene) Lehre, daß in der Notwendigkeit von Wort- und Sakramentsverwaltung (Hervorbringung der externae notae ecclesiae) eine „Verbindungslinie" von der geistlichen Kirche „zur Verfassung" liege, ist unlutherisch. Die geistliche Kirche erzeugt mit Notwendigkeit Versammlungen (denen heute diese, morgen andere angehören können), aber keine Körperschaft (keine rechtlich verfaßte Gemeinde). Das ist der Standpunkt des Urchristentums (Wesen und Ursprung d. Kath., S. XXIX) und ebenso der lutherischen Reformation. Religiös ist nicht bloß das „Wie" der Rechtsordnung für Predigtamt und Gemeinde, sondern auch das „Daß", das Dasein von öffentlichem Predigtamt und rechtlich verfaßter Gemeinde gleichgültig (die wahre Kirche lebt auch „ahn den Leib"). Alles, was göttliches Recht in katholischem oder halbkatholischem Sinne heißen könnte, ist durch den lutherischen Kirchenbegriff ausgeschlossen.

Alle diese Sätze gelten, obgleich die Kirche Christi eine Gewalt besitzt: die Schlüsselgewalt. In der katholischen Kirche ist aus der Schlüsselgewalt geistliche Gesetzgebungsgewalt, Regierungsgewalt, Zwangsgewalt geworden. In der lutherischen Kirche ist das undenkbar. Die Schlüsselgewalt ist die Gewalt, das Wort Gottes zu führen, mit der Kraft Gottes das Evangelium zu verkündigen, durch das göttliche Wort zu strafen und zu trösten, zu verurteilen und freizusprechen. Die Verkündigung des Evangeliums bedeutet Erschließung des Himmelsreichs, Weiden des Volkes Gottes, Regierung des Volkes Gottes: die Schlüsselgewalt ist geistliche (aus dem Geist Gottes stammende) Regierungsgewalt. In der katholischen Kirche soll mit der Schlüsselgewalt ein sichtbares Volk regiert werden. So muß die Schlüsselgewalt sichtbare Zwangsgewalt sein. Lutherisch soll mit der Schlüsselgewalt ein unsichtbares Volk geleitet, gestraft, erquickt werden. So ist sichtbare Zwangsgewalt unmöglich. Nur durch das Wort, nicht durch den Zwang kann Schlüsselgewalt geübt, kann das Evangelium dargebracht, kann die Kirche Christi gebaut werden. Die Kirche Christi will keine Zwangsordnung, keine Rechtsordnung.

Gewiß, aus dem Leben der Kirche Christi entspringen notwendig Versammlungen, in denen das Wort verkündigt, das Sakrament verwaltet wird. Aus der Ordnung solcher Versammlungen geht geschichtlich, wo das Christentum von der Volksmenge angenommen ist, ein öffentliches Amt des Wortes hervor, welches ordentliche Berufung zur Grundlage hat. Selbst eine Stufenfolge einander übergeordneter Ämter kann sein. Aber solche Ordnung kann niemals im Namen der Kirche Christi als notwendig gefordert und zwangsweise durchgesetzt werden. Ordnung ist immer nur Ordnung der christlichen Welt. Für die unsichtbare Kirche gibt es keine äußere Ordnung, d. h. alle äußere Ordnung, wie sie auch sei, ist religiös gleichgiltig, ist nur weltlich erheblich und fällt daher unter die weltliche Obrigkeit. Aus den im Schoße der sichtbaren Christenheit lebendigen religiösen Kräften heraus kann nur eine auf freiwillige Unterwerfung

gegründete „Politie" erzeugt werden, die weder religiöse noch rechtliche Verbindlichkeit besitzt, deren Bestand ausschließlich auf den durch christliche *Liebe* bestimmten freien Willen angewiesen ist[7]. Wer das Amt der Schlüssel verwaltet, wird regelmäßig auch zu dem Urteil über die beste Art äußerer Ordnung berufen sein. Aber die etwa von ihm entworfene „Kirchenordnung" ist *ohne* Rechtsgeltung. Sie ist bloß „menschliche", religiös gleichgiltige Ordnung und darum ohne die Kraft geistlichen (göttlichen) Rechts. Sie ist andererseits nicht von der Obrigkeit erlassen und darum auch ohne die Kraft des weltlichen Rechts. Die sichtbare Christenheit als Wort- und Sakramentsgemeinschaft trägt nach den lutherischen Bekenntnisschriften *keine* ihr *als solcher* zukommende rechtserzeugende Kraft in sich. Sie ist keine „Genossenschaft", die „kirchliches" Recht hervorzubringen vermöchte. Sie hat keine genossenschaftliche Verfassung, hat keine genossenschaftliche, ihr als solcher zukommende Gewalt. Sie ist überhaupt nichts für sich, ist keine vom Staat sich unterscheidende selbständige Gemeinschaft religiösen Lebens, ist *kein* besonderes kirchliches „Gemeinwesen". Sie ist vielmehr *dieselbe* weltliche Christenheit, der die weltliche Obrigkeit gesetzt ist. Sie ist *durch die weltliche Obrigkeit verfaßt* und wird durch die weltliche Obrigkeit regiert. Der Gedanke, daß das „christliche Volk" kraft der in ihm lebendigen Kirche Christi eine „Genossenschaft" sei und sich grundsätzlich genossenschaftlich ordne und verwalte[8], mit anderen Worten das Kollegialsystem, stammt aus der *Aufklärung* und ist *wider das lutherische Bekenntnis*. Die „Kirchenordnung" der Reformationszeit kann rechtliche Kraft nicht durch die

---

[7] Als solche Freiwilligkeitskirchenordnung wollten die Reformatoren die ganze bestehende katholische Kirchenordnung anerkennen. Vgl. Kirchenr., Bd. 1, S. 540, 541.

[8] Das ist der Grundgedanke der Schrift von *Th. Kaftan*, Vier Kapitel von der Landeskirche (2. Aufl. 1907), der darin der allgemein herrschenden Lehre folgt, vgl. z. B. *Stutz*, KR. in Kohlers RE., Bd. 2 (1904) S. 957 (2. Aufl. 1914, Bd. 5 S. 460). v. *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3 (1881), S. 799 ff., Bd. 4 (1913), S. 66, 365.

„Kirche" in irgendwelchem Sinn, sondern nur durch die weltliche Obrigkeit erlangen. Sie ist niemals genossenschaftliches „kirchliches", sondern immer nur obrigkeitliches weltliches Recht.

Die herrschende Lehre erklärt auch das kanonische Recht der katholischen Kirche für „kirchliches" Recht. Gerade durch diese Idee wird es unserer Kirchenrechtswissenschaft unmöglich, den Wesensgegensatz zwischen katholischem und protestantischem Kirchenrecht wahrzunehmen. Das eine wie das andere erscheint als auf weltliche Art „genossenschaftlich" hervorgebrachtes Recht, das eine wie das andere als eine äußerliche Ordnung menschlichen Gemeinlebens. Warum sollte solches katholisches „kirchliches" Recht (das kanonische Recht) nicht vom Protestantismus übernommen werden? Von einigen „Mißbildungen" abgesehen, ist das katholische Kirchenrecht gerade so gut wie irgend ein anderes. Im kanonischen Recht als solchem liegt also nichts Unchristliches, nichts Unprotestantisches. Luthers Widerstand gegen das kanonische Recht als etwas Widerchristliches erscheint als geradezu unbegreiflich. So kam denn auch (nach gemeinverbreiteter Meinung), was kommen mußte. Es dauerte nicht lange, so war „die erste Leidenschaft gegen das Corpus iuris canonici überwunden"[9]. Das protestantische Kirchenrecht setzte sich selbst als eine geläuterte Fortentwicklung des katholischen. „Die Reformation war eine Erneuerung des Glaubens, nicht des Rechts[10]." „Überwältigend tritt überall" (in den lutherischen Bekenntnisschriften) „der Gesichtspunkt hervor, daß es um eine Erneuerung der Rechtsordnung überhaupt nicht geht;" das kanonische Recht bleibt für die lutherische Kirche subsidiär in Geltung, soweit es nicht dem Evangelium widerspricht[11].

So wird durch die Idee vom „kirchlichen" Recht (und dem damit gegebenen Gedanken vom einerlei Kirchenrecht) die ganze Geschichte des Kirchenrechts unverständlich.

---

[9] Kahl, Rechtlicher Inhalt des Konkordienbuchs, S. 4.
[10] Kahl in Deutsch-Evangelisch, 1. Jahrg., 1910, S. 21.
[11] Kahl, Rechtlicher Inhalt des Konkordienbuchs, S. 4.

Als ob kanonisches Recht vom protestantischen Standpunkt überhaupt gedacht werden könnte! Als ob es möglich wäre, das protestantische Kirchenrecht als einen Abkömmling des kanonischen Kirchenrechts zu begreifen!

Sicher ist in den lutherischen Bekenntnisschriften oft genug von dem kanonischen Recht, ja von „göttlichem" und „menschlichem Recht" ganz nach katholischer Weise die Rede[12]. Namentlich Melanchthon liebt es, mit solchen katholisch klingenden Ausdrücken zu spielen. In dem Augsburgischen Glaubensbekenntnis und ebenso in der Apologie werden die canones der alten Kirche zur Verteidigung des lutherischen Standpunktes angerufen, ja es wird erklärt, daß man sich der ganzen „kanonischen Politie" als einer Ordnung „menschlichen Rechts" zu unterwerfen bereit sei, wenn nur die Predigt des Evangeliums frei bleibe[13]. Noch bei Abfassung der Schmalkaldischen Artikel gibt Melanchthon seine Unterschrift dahin ab, daß er gewillt sei, selbst die Papstgewalt als „nach menschlichem Recht" bestehend anzuerkennen[14].

Aber durch alle solche Wendungen soll nur der Eindruck verstärkt werden, daß die Protestanten keine Umsturzpartei sind, daß sie wie in ihrem Bekenntnis so auch in der äußeren Ordnung des Kirchentums die alte wahre katholische Kirche gegen den entstellten falschen Katholizismus der Gegen-

[12] Das hat Kahl in seiner Schrift über den rechtlichen Inhalt des Konkordienbuchs, S. 4 ff., 42 ff. trefflich und eindringlich dargestellt.

[13] Vgl. namentlich Augsb. Konf., Art. XXVIII (Müller (S. 69): Nunc non id agitur ut dominatio eripiatur episcopis. Apologie Art. XIV (Müller S. 205): Nos summa voluntate cupere conservare politiam ecclesiasticam et gradus in ecclesia factos etiam humana auctoritate. S. 206: Hic iterum volumus testatum, nos libenter conservaturos esse ecclesiasticam et canonicam politiam, si modo episcopi desinant in nostras ecclesias saevire. Art. XV S. 212: Verius servamus canones quam adversarii.

[14] Müller S. 326: Ego Philippus Melanchthon supra positos articulos approbo ut pios et christianos. De pontifice autem statuo, si evangelium admitteret, posse ei propter pacem et communem tranquillitatem christianorum, qui jam sub ipso sunt et in posterum sub ipso erunt, superioritatem in episcopos, quam alioqui habet, iure humano etiam a nobis permitti.

wart verteidigen, daß sie die Erhaltung des rechten Katholizismus, nicht seine Zerstörung auf ihre Fahne geschrieben haben. Noch war die Hoffnung nicht aufgegeben, daß die ganze Kirche den großen Fortschritt machen werde. Darum kommt man der Überlieferung entgegen, soweit es möglich ist. Der Sinn der Wendungen aber, in denen man mit dem Katholizismus sich begegnet, ist trotzdem ein durchaus unkatholischer. Wie das Glaubensbekenntnis, trotz Übernahme der alten Symbole, für den Protestantismus eine ganz andere Bedeutung hatte als für den Katholizismus, so auch das auf die äußere Ordnung bezügliche „göttliche" und „menschliche" Recht. Das „göttliche Recht" in den Zeugnissen der lutherischen Reformation ist gar kein Recht. Es ist „seinem Wesen nach etwas anderes als das ius divinum des kanonischen Rechts" [15]. Es ist lediglich religiöse Wahrheit, Evangelium [16]. Genau das Gleiche aber gilt von dem ius humanum der Bekenntnisschriften. Es ist seinem Wesen nach etwas anderes als das ius humanum des Katholizismus. Es ist kirchlich (menschlich) gewillkürt und darum vom lutherischen Standpunkt unverbindliche Ordnung des äußeren kirchlichen Lebens. Es ist, wie wir schon gesehen haben, kein „kirchliches Recht", keine Rechtsordnung, die durch sich selber im Gewissen verpflichtete. Es beruht auf einer menschlichen Überlieferung (traditiones humanae), die man aus freien Stücken (libenter) soweit sie dem Evangelium nicht widerspricht, um der „Liebe und Einigkeit", um des „Friedens und der gemeinen Ruhe willen" beobachten kann [17]. Es ist ohne jeglichen Rechtscharakter.

[15] Kahl, Rechtlicher Inhalt des Konkordienbuchs, S. 42 ff., 47.

[16] Augsb. Konf. Art. XXVIII (Müller S. 64): Secundum evangelium seu, ut loquuntur, de iure divino. Kahl, S. 44: „Ius divinum" (im Sinne der Bekenntnisschriften) „ist jede Ordnung, welche sich unmittelbar auf das Evangelium gründet und darin als unwandelbarer Wille Gottes sich bezeugt; es ist überall nicht im technischen Sinne eines Rechtssatzes, sondern allgemein als ordinatio, als mandatum Dei zu verstehen." Vgl. auch Kirchenrecht, Bd. I S. 473 Anm. 27, S. 475 Anm. 32.

[17] Luther in den Schmalk. Art., Pars III, Art. X (Müller S. 323): Si episcopi suo officio recte fungerentur et curam ecclesiae et

Die canonica politia des katholischen Kirchenrechts hat vom lutherischen Standpunkt keine andere Art als die „Zeremonien", äußeren Ordnungen, die ein lutherischer Pastor („Bischof") für den sonntäglichen Gottesdienst in seiner Gemeinde einführt. Man fügt sich dem aus Liebespflicht „um der Liebe und des Friedens willen". Aber Rechtsordnung, das kirchliche Leben formal bindende Ordnung ist das niemals (so lange nicht der Rechtsbefehl der weltlichen Obrigkeit hinzutritt). Geschweige denn, daß es kanonische Rechtsordnung wäre, Rechtsordnung, der man um des „Kanons der Wahrheit", um des göttlichen Wortes willen gehorchen müßte[18]. Kanonisches Recht will kraft der Schlüssel-

evangelii gererent, posset illis nomine caritatis et tranquillitatis, non ex necessitate, permitti, ut nos et nostros concionatores ordinarent et confirmarent. — Melanchthon will propter pacem et communem tranquillitatem selbst die „Superiorität des Papstes" als iure humano bestehend, d. h. obgleich sie rechtlich unverbindlich ist, anerkennen (oben Anm. 14). Das ius humanum Melanchthons bedeutet gleichfalls nur ein posse ei a nobis permitti. Darum wird die Freiwilligkeit der Unterwerfung unter die „kanonische Politie" betont, vgl. das libenter oben Anm. 13 und unten Anm. 19. Religiös ist nur die Schrift, das Evangelium (das ius divinum im protestantischen Sinne) verbindlich, alle menschliche Ordnung (ius humanum) unverbindlich.

[18] Augsb. Konf. Art. XXVIII (Müller, S. 67): Liceat episcopis seu pastoribus facere ordinationes, ut res ordine gerantur in ecclesia, non ut per illas mereamur gratiam aut satisfaciamus pro peccatis aut obligentur conscientiae, ut iudicent esse necessarios cultus ac sentiant se peccare, quum sine offensione aliorum violant. — Tales ordinationes convenit ecclesias propter caritatem et tranquillitatem servare eatenus, ne alius alium offendat. ut ordine et sine tumulto omnia fiant in ecclesiis (1. Cor. 14, 40. cf. Phil. 2, 14), verum ita, ne conscientiae onerentur, ut ducant res esse necessarias ad salutem. — Hier wird die Gewalt der „Bischöfe oder Pastoren" zum Erlaß von „Kirchenordnungen" genau dahin umschrieben, daß sie nur religiös unverbindliche Ordnungen aufzustellen befugt sind. In der Aufstellung von solchen äußeren Ordnungen üben sie nicht die Schlüsselgewalt, verkündigen sie nicht aus dem Geiste Gottes fließendes, sondern lediglich menschliches, nicht „im Himmelreich bindendes" Wort. Damit ist jede Möglichkeit kanonischer Rechtsordnung ausgeschlossen. Der Christ gehorcht solcher von den Trägern des geistlichen Amtes ausgehenden Ordnung nicht als im Gewissen vor Gott dazu verpflichtet, sondern nur „um der Liebe und des Friedens willen", damit er

gewalt gelten, will geistliches (nicht „kirchliches"!), im Evangelium begründetes, aus dem Geist Gottes fließendes, um des rechten Christentums willen geltendes, darum religiös verbindliches Recht sein. Das katholische ius humanum ist zwar nicht unmittelbar im Evangelium enthalten (wie das ius divinum), wird aber aus dem Evangelium abgeleitet, will im Sinne des Evangeliums sein und nimmt darum auf Grund des Evangeliums religiöse Verpflichtungskraft in Anspruch. Auch das ius humanum verpflichtet den Christen um seines Glaubens, um seines Christenstandes willen. Ohne den Gehorsam gegen das gesamte kanonische Recht kein wahres Christentum und keine wahren Christen! Mit diesem Wesen des kanonischen Rechts halte man die bei unserer protestantischen Kirchenrechtslehre schon im 17. Jahrhundert und ebenso noch heutigen Tags herrschende Lehre zusammen, daß die lutherische Reformation keine „Erneuerung des Rechts", vielmehr das lutherische Kirchenrecht eine Fortentwicklung des kanonischen Kirchenrechts bedeute!!

In der Geltung des kanonischen Rechts kommt das Wesen des Katholizismus, die Gleichsetzung der sichtbaren Kirche mit der Kirche Gottes, die Gleichsetzung des Gehorsams gegen die sichtbare Kirche mit dem Gehorsam gegen Gott zum Ausdruck. Gerade so spricht das Wesen des Protestantismus in der Nichtgeltung, in der Unmöglichkeit kanonischen Rechts sich aus. Das kanonische Recht widerstreitet dem Evangelium von der Rechtfertigung allein durch den Glauben. Es richtet neuen Gottesdienst auf. Es schafft äußere Ordnungen, denen genügt werden soll, um vor Gott Rechtfertigung zu erlangen. Das ist Fälschung des Evangeliums. Das ist Einführung neuen jüdischen Gesetzeswerks: Dem muß aus allen Kräften Widerstand

anderen keinen Anstoß gebe. Genau in dieser Weise bestimmt Luther und in der Sache ebenso Melanchthon in den Schmalkaldischen Artikeln sein Verhältnis zu der kanonischen Politie (oben Anm. 14, 17): das sind Ordnungen, denen wir „um der Liebe und des Friedens willen" uns freiwillig unterwerfen können, aber niemals Ordnungen kraft geistlichen (religiös verbindlichen) Rechts.

geleistet werden. Immer wieder wird das in den Bekenntnisschriften ausgesprochen[19]. Im Kernpunkt des Protestantismus,

[19] Unzählige Male wird in den lutherischen Bekenntnisschriften betont, daß die Bischöfe als Träger des geistlichen Amts keine im Gewissen verbindliche Kirchenordnungen, d. h. daß sie kein kanonisches Recht machen können. Vgl. Anm. 18, ferner Augsb. Konf., Art. XV (Müller, S. 42): De ritibus ecclesiasticis docent (ecclesiae apud nos), quod ritus illi servandi sunt, qui sine peccato servari possunt et prosunt ad tranquillitatem et bonum ordinem in ecclesia, sicut certae feriae, festa et similia. De talibus rebus tamen admonentur homines, ne conscientiae onerentur, tamquam talis cultus ad salutem necessarius sit. Die Hauptstelle steht Art. XXVIII (Müller, S. 65 ff.): disputatur utrum episcopi seu pastores habeant ius instituendi ceremonias in ecclesia et leges de cibis, feriis, gradibus ministrorum seu ordinibus cet. condendi: — — Sed de hac quaestione nostri sic docent, quod episcopi non habent potestatem statuendi aliquid contra evangelium —. Porro contra scripturam est traditiones condere aut exigere, ut per eam observationem satisfaciamus pro peccatis aut mereamur gratiam et iustitiam. — — Relinquitur igitur, quum ordinationes institutae tamquam necessariae aut cum opinione promerendae gratiae pugnent cum evangelio, quod non liceat illis episcopis tales cultus instituere aut exigere. Necesse est enim in ecclesiis retineri doctrinam de libertate christiana, quod non sit necessaria servitus legis ad iustificationem —. Darauf folgt die oben Anm. 18 bereits angezogene positive Ausführung. — Apol. Art. VII, VIII (Müller, S. 159): Constat enim multas stultas opiniones de traditionibus serpsisse in ecclesiam. Nonnulli putaverunt humanas traditiones necessarios cultus esse ad promerendam iustificationem. Et postea disputaverunt, qui fieret quod tanta varietate coleretur Deus, quasi vero observationes illae essunt cultus et non potius externae et politicae ordinationes, nihil ad iustitiam cordis seu cultum Dei pertinentes —. Item aliae ecclesiae alias propter tales traditiones excommunicaverunt, ut propter observationem paschatis, picturas et res similes. Unde imperiti existimaverunt fidem seu iustitiam cordis coram Deo non posse existere sine his observationibus. Exstant enim de hoc negotio multa inepta scripta Summistarum et aliorum. Art. XV (Müller, S. 208): Nulla traditio a sanctis patribus hoc consilio instituta est, ut mereatur remissionem peccatorum aut iustitiam. (Augustin und die anderen Kirchenväter glaubten die Lutherischen auf ihrer Seite zu haben; daß auch die patres katholisch waren, sah man nicht). S. 212: traditiones veteres factas in ecclesia utilitatis et tranquillitatis causa libenter servamus — exclusa opinione, quae sentit, quod iustificent. Art. XXVIII (S. 287 ff.): docent nos adversarii, quod episcopi habeant auctoritatem condendi leges utiles ad consequendam vitam aeternam.

in seinem Verständnis des Evangeliums liegt der Widerspruch gegen alles kanonische Recht (als solches) begründet. Der Katholi-

De hoc articulo controversia est. Oportet autem in ecclesia retinere hanc doctrinam, quod gratis propter Christum fide accipiamus remissionem peccatorum. Oportet et hanc doctrinam retineri, quod humanae traditiones sint inutiles cultus, quare nec peccatum nec iustitia in cibo — et similibus rebus collocanda est —. Itaque nullum habent ius episcopi condendi traditiones extra evangelium, ut mereantur remissionem peccatorum, ut sint cultus quos approbat Deus tamquam iustitiam et qui gravent conscientias ita ut peccatum sit eos omittere. — — Certum est enim, sententiam illam (Luc. 10, 16): Qui vos audit, me audit, non loqui de traditionibus, sed maxime contra traditiones facere — requirit enim Christus, ut ita doceant, ut ipse audiatur, quia dicit: Me audit. Igitur suam vocem, suum verbum vult audiri, non traditiones humanas. — Citant et hoc (Ebr. 13, 17): Obedite praepositis vestris. Haec sententia requirit obedientiam erga evangelium — nec debent episcopi traditiones contra evangelium condere aut traditiones suas contra evangelium interpretari. — Abwechselnd ist von ritus ecclesiastici, ceremoniae, traditiones humanae, ordinationes, leges die Rede, deren Beobachtung um des Seelenheils willen notwendig ist, deren Erfüllung Gottesdienst bedeutet. Gemeint ist immer dasselbe: Rechtsordnung, die aus religiösen Gründen (kraft des Verhältnisses zu Gott) verbindlich sein will. Alle Ordnungen solcher Art werden als dem Evangelium widerstreitend (als ordinationes contra evangelium) verworfen. Wie auch ihr Inhalt sein möge, — es können sachlich ganz löbliche Ordnungen sein, — sobald sie diesen religiösen Wert in Anspruch nehmen, sind sie wider das Evangelium, wider die frohe Botschaft von der Rechtfertigung allein durch den Glauben. Die „kanonische Politie“ kann aus freien Stücken als bloß äußere Ordnung beobachtet werden. Sobald aber Gehorsam als religiös geschuldet gefordert wird, ist Verweigerung des Gehorsams Pflicht (Apol. Art. XV, S. 212: si quas traditiones parum commodas omittunt nostri, satis excusati sunt, quum requiruntur tamquam promereantur iustificationem. Art. XXVIII, S. 289: Nec debent episcopi — traditiones suas contra evangelium interpretari; idque quum faciunt, obedientia prohibetur iuxta illud, Gal. 1, 8: Si quis aliud evangelium docet, anathema sit). Kanonisches Recht bedeutet ein anderes Evangelium. Darum ist, ihm nicht zu gehorchen, Pflicht kraft des Evangeliums. — Alle im vorigen zusammengestellten Äußerungen der Bekenntnisschriften sind seit Jahrhunderten weltbekannt. In ihnen wird das kanonische Recht auf das allerdeutlichste abgemalt und auf das allerbestimmteste verworfen. Aber wo ist das Verständnis dieses ihres Inhalts geblieben? Schon im 16. Jahrhundert fiel die beginnende protestantische Kirchenrechtswissenschaft unter die Gewalt der katholischen kanonistischen Jurisprudenz (vgl. die Nachweise bei v. Gierke, Genossen-

zismus ist Entstellung des Evangeliums. Vor dem wahren Evangelium verschwindet alles eigentümlich Katholische und mit ihm alles kanonische Recht.

Sobald das kanonische Recht das wirklich sein will wofür es sich ausgibt, gehört es kraft protestantischen Glaubens notwendig auf den Scheiterhaufen. Alles kanonische Recht ist (als solches) wider das Christentum. Es bindet das Christentum an irgendwelche äußere Ordnung. Es will Christen machen helfen und ist doch ein Verderbnis des Christentums. Es will aus dem Evangelium abgeleitet sein und ist doch wider das Evangelium.

Kein Rechtsgehorsam kann vor Gott rechtfertigen. Keine Rechtsgewalt kann den Weg zu Gott öffnen. Die Schlüsselgewalt ist nur Gewalt der Wortverkündigung. Sie ist verderbt, wenn sie Gewalt zwangsweiser Gesetzgebung sein will. Die Idee, daß die sichtbare Christenheit als Kirche (als Trägerin des Lebens der Kirche Christi) Rechtsquelle sei, daß sie „aus ihrem ureigenen Sein und Sollen", aus dem Wesen des Christentums heraus „Wesensrecht" hervorbringe[20], ist nach dem Urteil der lutherischen Reformation ein widerchristlicher Gedanke.

Darum ist denn auch das kanonische Recht von der luthe-

---

schaftsrecht, Bd. 3, S. 716, 717). Die erste Frucht der dadurch bewirkten Begriffsverwirrung war das sogenannte Episkopalsystem, welches Joach. Stephani in seinen Institutiones iuris canonici (!) ad praesentem ecclesiarum Germaniae statum directae (1604) für die lutherischen Landeskirchen Deutschlands entwickelte. Durch die Kirchengesellschaftslehre der Aufklärung verschwand vollends jede Erinnerung an den Wesensgegensatz zwischen katholischem und protestantischem Kirchenrecht, — ein Zustand, der bis heute andauert. Noch in der soeben erschienenen Neuauflage der bedeutenden und einflußreichen Darstellung, die Stutz vom Kirchenrecht gegeben hat (Kohlers Enzykl. d. Rechtswiss., 2. Aufl., Bd. 5, Erste Hälfte, 1914, S. 391), steht das katholische jus humanum mit dem lutherischen und dem modernen evangelischen Kirchenrecht als gleichartig auf einer Linie. Unsere Kirchenrechtswissenschaft mit ihrer Lehre vom „kirchlichen" (kirchengesellschaftlich erzeugten) Recht und von der „kirchlichen Rechtsgeschichte" sieht noch immer alles durch die naturrechtlichen Begriffe der Aufklärung und ist daher außer Stande, die Gedanken der Vergangenheit zu verstehen, in denen die Geschichte des Kirchenrechts beruht.

[20] So Th. Kaftan, Vier Kapitel, S. 61, 62.

rischen Reformation nicht aufgenommen worden, auch nicht „subsidiär". Es ist vielmehr, wie Luther gewollt hatte, im Feuer der Reformation ganz und gar verbrannt. Auch Melanchthon steht darin nicht anders als Luther. Das kanonische Recht ist für ihn kein Recht mehr. Das ist das Entscheidende. Das ist denn auch der Inhalt der lutherischen Bekenntnisschriften. Warum ist es kein Recht? Weil das kanonische Recht als Ordnung der sichtbaren Christenheit nicht, wie es vorgibt, religiös notwendig, sondern religiös gleichgültig ist. Die ganze „kanonische Politie" mag beobachtet, Bischöfen, ja dem Papst mag ferner in äußeren Dingen gehorcht werden. Warum? Weil solcher Gehorsam gegen äußere Ordnung mit dem Christentum nichts zu tun hat. Aber gerade durch diese Begründung ist jede Möglichkeit rechtlicher Verpflichtungskraft des kanonischen Rechts als solchen (unabhängig von der weltlichen Obrigkeit) ausgeschlossen[21].

Auch das „menschliche Recht" (ius humanum) des Katholizismus will geistliches Recht sein, mittelbar aus dem Geist Gottes (den die kirchliche Körperschaft besitzt), aus dem Evangelium (welches die kirchliche Körperschaft bindend auslegt) abgeleitet, kraft der Schlüsselgewalt, die im Namen Gottes gebietet, hervorgebracht. Solches „menschliches Recht" im Sinne des Katholizismus ist für den Protestantismus genau ebenso unmöglich wie das katholische „göttliche Recht". Die Bereitschaft, die „kanonische Politie" mit Bischofsgewalt und Papsttum als „menschliche Überlieferung" anzuerkennen, war ein Widerspruch in sich selbst, denn das Wesentliche an der „kanonischen Politie", ihre Rechtsgeltung kraft des Evangeliums, ward als dem Evangelium widerstreitend abgelehnt.

[21] So sagt denn auch Kahl selber (Rechtl. Inhalt des Konk., S. 4), daß vom lutherischen Standpunkt das kanonische Recht „als rein menschliche Ordnung subsidiär ertragen, aber auch jederzeit verworfen oder geändert werden konnte". Hier kommt im Grunde doch der Gedanke zum Ausdruck, daß das kanonische Recht für die Lutherischen keine Rechtsgeltung mehr besaß. Trotz alledem soll in den Bekenntnisschriften „überwältigend" der Gesichtspunkt hervortreten, daß es „um eine Erneuerung der Rechtsordnung überhaupt nicht geht".

Das gesamte kanonische Recht war für die lutherische Reformation als geltendes Recht mit einem Schlage verschwunden. „Überwältigend" tritt daher in den lutherischen Bekenntnisschriften nicht die Geltung, sondern die Nichtgeltung des kanonischen Rechts in den Vordergrund. Das kanonische Recht ist ohne jede religiöse und folgeweise als solches ohne jede rechtliche Verbindlichkeit. Gewiß, in den Außendingen des lutherischen Kirchenwesens konnten kanonische Rechtssätze beibehalten und fortentwickelt werden, wie das z. B. auf dem Gebiet des Patronatsrechts geschehen ist. Aber wenn auch der Inhalt kanonischer Rechtssätze blieb, ihr Wesen ward durch die Aufnahme in das lutherische Kirchenrechtssystem verändert. Das inhaltlich übernommene kanonische Recht galt nicht mehr als kanonisches, geistliches Recht um des Evangeliums willen, sondern lediglich als weltliches Recht um der Befehlsgewalt weltlicher Obrigkeit oder auch um weltlicher Gewohnheit willen.

Vom kanonischen Recht blieb kein Stein auf dem andern. Nicht bloß die Welt des Glaubens, auch die ganze Welt des Rechts war eine andere geworden. Es gab kein geistliches Recht mehr, und wie kein geistliches Recht, so keine geistliche Obrigkeit. Eine größere Umwälzung des gesamten Rechtswesens ist nie wieder dagewesen. Die Welt war von geistlicher Zwangsgewalt befreit. Die Selbständigkeit des weltlichen Rechts, die Souveränetät der weltlichen Obrigkeit, die Zuständigkeit aller öffentlichen Gewalt an den Staat, alle diese Gedanken, in denen das neuzeitliche Staatswesen wurzelt, sind durch die lutherische Reformation religiös gerechtfertigt und nur dadurch zu voller Wirkungskraft befähigt worden. Die Reformation Luthers war eine Erneuerung nicht bloß des Glaubens, sondern der Welt: wie der Welt des Geisteslebens, so auch der Welt des Rechts.

Schuldpflicht und Haftung.

Von

Emil Strohal.

Erſter Abſchnitt.

Schuld im Sinne von Schuldpflicht.

I.

Als ich in meiner im Sommer 1910 veröffentlichten Schuldübernahme[1] die bisherige Lehre über dieſen Gegenſtand auf der ganzen Linie bekämpfte und ihr eine weſentlich andere entgegenſtellte, durfte ich nicht erwarten, daß meine Auffaſſung ſich in allen erheblichen Punkten ſofort und kampflos durchſetzen werde. Für ſicher hielt ich insbeſondere, daß mir eine von germaniſtiſcher Seite erfolgende Meinungsäußerung den erwünſchten Anlaß geben werde, mich über das Maß der Verwertbarkeit der germaniſtiſchen Lehre von Schuld und Haftung für die Theorie der modernen Schuldübernahme noch beſtimmter auszuſprechen, als dies in meiner vorerwähnten Abhandlung geſchehen war und geſchehen konnte. Denn, als ich ſie ſchrieb, war die germaniſtiſche Dogmatik zu einer auf dem Gegenſatz von Schuld und Haftung aufgebauten und in ſich geſchloſſenen Ausgeſtaltung der Schuldübernahme noch nicht gelangt. Konnte die Richtung, nach welcher eine ſolche vielleicht verſucht werden mochte, auch ſchon einigermaßen überſehen werden, ſo würde es doch voreilig geweſen ſein, wenn ich ſie ſchon im Voraus zum Gegenſtand einer kritiſchen Erörterung gemacht hätte.

Der Grund der von mir beobachteten Zurückhaltung iſt weggefallen, ſeit v. Gierke in ſeinem Beitrag zur Feſtſchrift der Berliner Juriſtenfakultät für v. Martitz (1911) das Wort er-

[1] Erſchienen in Jherings J. 57, S. 231—492 und in Sonderabdruck. Die Abhandlung wird in Bruchform zitiert, wobei der Zähler die Seitenzahl in den Jahrb., der Nenner die des Sonderabdrucks bezeichnet.

griffen hat. Er handelt hier über „Schuldnachfolge und Haftung, insbesondere kraft Vermögensübernahme" und verhält sich dabei zu meinen Ausführungen teils zustimmend teils widersprechend. Im folgenden wird zunächst festzustellen sein, wie weit die Zustimmung reicht und wo der Widerspruch einsetzt. Erst dann wird in eine sachliche Würdigung der positiven Lehre v. Gierkes eingetreten werden.

Zu meiner Schuldübernahme haben außer O. v. Gierke auch Hellmann[2] und Knoke[3] in längeren Ausführungen Stellung genommen. Soweit es der Rahmen dieser Abhandlung, die sich nicht in Einzelheiten verlieren, sondern nur dem Hauptproblem gewidmet sein soll[4], zuläßt, wird auch das Vorbringen der eben genannten Schriftsteller Berücksichtigung finden.

II.

Nach meinen Darlegungen a. a. O. besteht das Wesen der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme darin, daß die schuldrechtliche Haftung des Altschuldners für das durch das bisherige Schuldverhältnis inhaltlich bestimmte gläubigerische Bekommensollen kraft des Willens der vertragschließenden Parteien, aber ohne einen

---

[2] KrVJSchr. 49, S. 488—528.

[3] Iherings J. 60, S. 407—466.

[4] Ganz außerhalb des Rahmens der vorliegenden Abhandlung bleibt der im BGB. § 415 geregelte Fall der Schuldübernahme. Nach der in meiner Schuldübernahme, S. 439 ff./209 ff. vertretenen Auffassung handelt dabei der die Schuldübernahme mit dem Übernehmer vereinbarende und dem Gläubiger dadurch ein Forderungsrecht gegen diesen ausbedingende Altschuldner — da eine Beurteilung nach dem Rechte der Verträge zugunsten Dritter völlig ausgeschlossen ist — als vollmachtloser Vertreter des Gläubigers. Es scheint mir beachtlich, daß Regelsberger in der 2. Auflage seines bayerischen Hypothekenrechts (1895) zu einer verwandten Auffassung gelangt war. Er bemerkt nämlich a. a. O. S. 450: „Der Vertrag zwischen dem Veräußerer und dem Übernehmer wirkt daher für den Gläubiger ähnlich wie der Vertrag eines unbevollmächtigten Stellvertreters für den Vertretenen. Er erzeugt nicht schon die Haftung des Übernehmers, wohl aber die Möglichkeit für den Gläubiger durch seine Genehmigung, diese Haftung ins Leben zu rufen, freilich unter Vernichtung der Haftung des bisherigen Schuldners."

Eintritt des Neuschuldners in das Vermögen des Altschuldners, durch die schuldrechtliche Haftung des Neuschuldners ersetzt wird. Notwendige Folge dieser privativen Schuldübernahme ist daher die Enthaftung des dem Gläubiger für sein Bekommensollen bisher haftenden Vermögens des Altschuldners nnd die Verhaftung des ihm bisher nicht haftenden Vermögens des Neuschuldners. Die Schuldübernahme hebt sich hierdurch wesentlich von zwei Vorgängen ab, die man mit ihr in Parallele zu stellen bisher gewohnt war: nämlich von der Haftung des Erben für die auf ihn vererbten Schulden nnd von der Haftung des Übernehmers eines Vermögens für die auf diesem zur Zeit des Übernahmevertrags bereits lastenden Schulden. Denn wie die Haftung des Erben für die vererbten Schulden, so beruht auch die in § 419 BGB. bestimmte Schuldenhaftung des Vermögensübernehmers auf der rechtlichen Verknüpfung der Schulden mit dem Vermögen des Schuldners, in dessen Person sie entstanden sind. Kraft dieser Verknüpfung dauert die Haftung des vom Erblasser auf den Erben übergegangenen bezw. des vom bisherigen Vermögensinhaber an den Übernehmer veräußerten Vermögens ungeachtet des Wechsels in der Person des Vermögensträgers fort.

In allen diesen Punkten stimmt mir v. Gierke vollständig zu.

Es handelt sich nun darum, den bei der Schuldübernahme sich vollziehenden Vorgang juristisch zu beurteilen. Die Entwickelung der unter dem Einfluß von Windscheid[5] und Gürgens[6] zur Herrschaft gelangten Lehre von der Schuldübernahme war nur dadurch möglich geworden, daß die gemeinrechtliche Wissenschaft sich einen von der schuldnerischen Haftung für das gläubigerische Bekommensollen völlig abstrahierenden Obligationsbegriff gebildet hatte. Darüber sind wir auf Grund der Anregungen und Ausführungen von E. J. Bekker, Brinz und Hart-

[5] Vgl. denselben in der Krit. Überschau 1, S. 27 ff. und dessen Actio, S. 213 ff.

[6] Iherings J. 8, S. 221—308.

mann[7] allmählich hinausgekommen. Die richtige Erkenntnis und Würdigung der Haftung ist aber dann ganz besonders durch die bekannten Forschungen v. Amiras, P. Puntscharts, Eggers, O. v. Gierkes[8] über die Entwickelung des altgermanischen Schuldrechtes gefördert worden. Der Eindruck der für das altgermanische Recht gewonnenen Ergebnisse wurde noch wesentlich dadurch verstärkt, daß die von J. Partsch[9] hinsichtlich des altgriechischen und neuestens von Koschaker[10] in Ansehung des babylonisch-assyrischen Rechts geführten eindringenden Untersuchungen eine der des altgermanischen Rechts analoge Entwickelung nachgewiesen haben. Auf die in den genannten Rechten uns entgegentretenden ähnlichen Erscheinungen weisen, wie heute kaum mehr bezweifelt wird, aber auch die Zeugnisse hin, die uns über die Gestaltung des altrömischen Schuldrechtes erhalten geblieben sind[11].

Kindlich-naiv würde es nun freilich sein, wenn man das, durch die der Rechtsbildung noch jugendlicher Völker zugewandte rechtshistorische Arbeit, bezüglich des Verhältnisses von Schuld und Haftung Ermittelte wahl- und planlos auch auf unser entwickeltes heutiges Recht übertragen wollte. Daran wird aber im

---

[7] Genauere Nachweisungen in meiner Schuldübernahme, S. 275/45. Vgl. übrigens außer den im Texte Genannten auch noch B. Puntschart, Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel (1893), besonders S. 204 ff. und Wendt, Pandekten, §§ 177, 178. Über Binders Stellung vgl. unten S. 29 ff.

[8] Genauere Nachweisungen in meiner Schuldübernahme, S. 276/46. Dazu jetzt noch v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht (1911), ferner Buch, Die Übertragbarkeit von Forderungen im deutschen mittelalterlichen Recht (1912).

[9] Vgl. meine Schuldübernahme, S. 276/46.

[10] Babylonisch-Assyrisches Bürgschaftsrecht. Ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung (1911).

[11] Vgl. neuestens R. v. Mayr, Römische Rechtsgeschichte I, 2 (1912), S. 57 ff., Pacchioni, Concetto e origini dell' obligatio Romana (1912), S. 1—174, Marchi, Storia e concetto della obligatione Romana, I (1912). Cornil, Debitum et Obligatio, Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine, Mélanges Girard, I, p. 193—263.

Ernſte von niemand gedacht. Ich ſelbſt habe mich gegen ein ſolches Verfahren nachdrücklich verwahrt[12].

Der dogmatiſche Wert jener Forſchungen iſt aber darin zu erblicken, daß ſie zu einer dem großen Zuge einer weitverzweigten hiſtoriſchen Entwickelung entſprechenden realiſtiſchen Beurteilung von Sachverhalten drängt, denen die in unſerer Ziviliſtik lange vorherrſchende abſtrakt-formaliſtiſche Methode nicht gerecht werden konnte. Und nach dieſer Richtung bot mir die germaniſtiſche Lehre allerdings willkommene Waffenhilfe[13].

Mit O. v. Gierke und vielen anderen weiß ich mich insbeſondere darin einig, daß ein befriedigender Aufbau unſeres Vermögensrechtes ohne ausgiebige Berückſichtigung der Haftung in ihren verſchiedenen Geſtaltungen gar nicht möglich iſt[14]. Trotzdem beſteht zwiſchen meiner und v. Gierkes Auffaſſung ein das Verhältnis von Schuld und Haftung betreffender ſehr erheblicher Unterſchied, den v. Gierke (S. 42) darauf zurückführen zu können glaubt, daß ich zwar den germaniſtiſchen Haftungsbegriff, nicht aber auch den germaniſtiſchen Schuldbegriff verwerte[15]. Wie es ſich damit verhält, ſoll durch ſpätere Erörterungen klargeſtellt werden[16].

III.

Es liegt im Weſen jeder wie immer gearteten Haftung als eines Eingeſetztſeins von Etwas für Etwas, daß man dabei zwiſchen dem „Wofür" und dem „Womit" der Haftung zu unterſcheiden hat. Das Wofür der Haftung iſt ein beſtimmter Erfolg, deſſen jemand (der Gläubiger) eventuell gewärtig ſein darf. Eine ſolche Beſtimmtheit eines zu jemandes gunſten in Ausſicht ge-

---

[12] Schuldübernahme, S. 291/61).

[13] Vgl. v. Gierke a. a. O. S. 40.

[14] Vgl. dazu aus jüngſter Zeit E. Weiß, Zur Lehre von Schuld und Haftung im öſterreichiſchen Recht, Sonderabdruck aus öſterr. Zentralbl. f. juriſt. Praxis (1913).

[15] Dieſer Bemerkung v. Gierkes ſtimmt zu Buch, Die Übertragbarkeit von Forderungen, S. 68.

[16] Vgl. dazu unten S. 92 ff.

nommenen Erfolges ist ein notwendiges Tatbestandsmoment bei jedem Haftungsverhältnis. Sie kann aber auch schon vor dem Eintritt einer Haftung im Voraus im Hinblick auf deren späteren Eintritt gegeben sein[17]. Das für diesen Erfolg Eingesetzte kann sowohl eine Person als auch eine Sache (ein Gegenstand) sein. Aus der Haftung ergibt sich für denjenigen, zu dessen gunsten sie besteht, ein Recht auf deren Realisierung und man bezeichnet daher die hierher gehörenden Rechte am besten als *Rechte aus Haftungen*[18].

Die auf *schuldrechtlicher* (persönlicher) Haftung[19] beruhenden Rechte sind die Forderungsrechte. Die aus Sach-(Gegenstands-) Haftung entspringenden Rechte zerfallen in zwei Untergruppen. Die eine von ihnen wird durch das Pfandrecht und die sonstigen pfandrechtsartigen Rechte (Fahrnispfandrecht, Pfandrecht an Rechten, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast), gebildet[20], die

---

[17] Weiteres hierüber unten S. 97 ff., wo unter anderen auch von Fällen zu reden sein wird, in denen der Eintritt einer Haftung für den Erfolg, dessen jemand eventuell gewärtig sein darf, zwar schlechthin ausgeschlossen ist, der Bestimmtheit des Erfolges aber doch nach anderer Richtung ein gewisses Maß von rechtlicher Bedeutung zukommt.

[18] Der Ausdruck ist in der Literatur bereits geläufig. So spricht insbesondere v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, II, S. 602 von „*dinglichen* Haftungsrechten", womit zugleich anerkannt ist, daß es auch Rechte aus Haftungen gibt, die nicht dinglicher Natur sind.

[19] Darüber, daß sich der Begriff der „*schuldrechtlichen*" Haftung mit dem der „persönlichen" Haftung nicht ganz deckt, vgl. unten S. 46.

[20] Terminologisch anders M. *Wolff*, Sachenrecht (2. Bearb.). Gegen die von ihm gewählte Bezeichnung der im Texte genannten Rechte als „Verwertungsrechte" ist natürlich nichts einzuwenden. Überraschend ist es jedoch, wenn er beifügt (S. 4), man könne diese Rechte, sofern sie zur Sicherung einer *Forderung* dienen, zwar auch als „dingliche *Haftungsrechte*" bezeichnen, nicht aber auch dann, wenn sie von einer persönlichen Forderung unabhängig sind. Es ist unverständlich, warum bei einer Grundschuld ein Recht des Gläubigers *aus einer Sachhaftung* weniger vorliegen soll als bei einer Hypothek. Die erwähnte Haltung *Wolffs* scheint sich aus dem zu erklären, was er in seinem § 131 (S. 450) Anm. 4 ausführt. Er spricht sich daselbst gegen eine Zerlegung des Gläubigerrechts in ein „gläubigerisches Bekommensollen" und eine „Sachhaftung" aus. Allein eine solche Zerlegung wird von denjenigen, welche wie bei der Hypothek so auch bei der Grundschuld von einem Recht aus der Sachhaftung

andere durch die Rechte aus einer bewilligten oder auf Grund einer einstweiligen Verfügung[21] eingetragenen Vormerkung[22]. Während die Rechte der zweiten Untergruppe insoferne streng akzessorisch sind, daß sie nur zur Sicherung eines Forderungsrechts dienen können und somit den Bestand eines solchen Rechtes zur notwendigen Voraussetzung haben, sind die der ersten Untergruppe angehörenden Rechte teils akzessorische, teils völlig auf sich gestellte d. h. von dem Bestande eines Forderungsrechts gänzlich unabhängige Haftungsrechte [Fälle reiner Sach-(Gegenstands-)haftung].

---

reden und dabei zugleich die Annahme eines Leistensollens des Sacheigentümers als solchen ablehnen, durchaus nicht vorgenommen. Der Grundschuldgläubiger hat nach dieser Auffassung nur ein Recht, nämlich das ihm aus der Sachhaftung erwachsende. Allein wie jedes andere Recht aus einer Haftung, so kann auch das Recht aus einer reinen Sachhaftung nur durch Festlegung des Wofür der Haftung einen Inhalt erhalten. Über diesen Punkt kommt man übrigens auch dann nicht hinaus, wenn man von einem Verwertungsrecht redet. Denn das Verwertungsrecht hat man nicht schlechthin, sondern immer nur in Ansehung eines Betrags, für den der zu verwertende Gegenstand haftet. M. Wolff findet ferner eine Schwierigkeit in dem Falle, wo das Wofür der Haftung z. B. 1000, der Wert der haftenden Sache dagegen nur 600 beträgt. Wie verhält es sich hier — so frägt er — mit dem Befehl der Rechtsordnung, daß der Gläubiger 1000 bekommen soll, wem ist die Bewirkung der Leistung anbefohlen, in welchem Sinne ist der Befehl der Rechtsordnung zu verstehen? Darauf ist zu antworten, daß in der bloßen Festlegung desjenigen, was jemand eventuell bekommen soll, ein Rechtsbefehl gar nicht enthalten ist (vgl. auch v. Schwerin, S. 8), und daß nach der hier vertretenen Ansicht dem Recht aus der Sachhaftung eine Leistungspflicht überhaupt nicht gegenübersteht. Aus der Festlegung des Wofür der Haftung ergibt sich nur das Maß desjenigen, was der Berechtigte im Wege der Realisierung der Haftung eventuell für sich soll bekommen können und damit zugleich die Grenze, über die hinaus eine Realisierung ausgeschlossen ist. Ob der Berechtigte das ganze Wofür der Haftung durch deren Realisierung auch wird erlangen können, hängt selbstverständlich von dem Ergebnis ab, zu dem die Verwertung der haftenden Sache führt.

[21] Die von Amts wegen einzutragenden Vormerkungen haben gewisse Eigentümlichkeiten, auf die hier nicht eingegangen werden kann; vgl. übrigens Bohmeyer, Die Vormerkung von Amts wegen nach der GBO. (1910).

[22] Dazu meine Relative Unwirksamkeit (1911), S. 58 ff., besonders Anm. 125. Bedenken gegen die Annahme einer Haftung bei Binder in Goldschmidts Z. 72, S. 541. Über die eigenartige Natur der hier in Frage kommenden Haftung behalte ich mir weitere Ausführungen vor.

Die übliche Fassung der germanistischen Lehre von Schuld und Haftung legt Wert auf die Feststellung, daß jede Haftung in notwendiger Beziehung zu einer Schuld stehe, für die gehaftet werde[23]. Dies ist zweifellos richtig, wenn man unter Schuld nichts weiter versteht, als die rechtliche Bestimmtheit des Erfolges, welcher dem Berechtigten zu teil werden und durch die Haftung gesichert werden soll. Die Formel: „keine Haftung ohne Schuld" erweist sich dagegen in dieser Allgemeinheit als unzutreffend, wenn unter Schuld ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen verstanden wird, zufolge dessen die eine (der Schuldner) der anderen (dem Gläubiger) etwas leisten soll[24], und die Unrichtigkeit wird noch verstärkt, wenn man sich dabei das Leistensollen als gleichbedeutend mit Verpflichtetsein denkt.

Schon im altgermanischen, im altgriechischen und im babylonisch-assyrischen Recht begegnen wir Haftungsverhältnissen, bei denen es an einem Schuldner, für dessen Leistensollen gehaftet wird, gänzlich fehlt[25]. Nach heutigem Recht verhält es

---

[23] Vgl. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, I, S. 39 ff., II, S. 65 ff.; P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 114; v. Gierke, Schuld und Haftung, S. 98 ff.

[24] Der entschiedenste und konsequenteste Vertreter dieser Auffassung ist v. Gierke; vgl. über und gegen seine Lehre die späteren Ausführungen auf S. 80 und S. 92 ff.

[25] Nachweisungen hierzu in meiner Schuldübernahme, S. 286 f./56 f. Bezeichnend ist, daß die babylonische Rechtssprache nicht einmal einen technischen Ausdruck für dasjenige kennt, was v. Gierke und andere Germanisten als das, abgesehen von jeder Haftung, angeblich vorhandene Leistensollen des Schuldners bezeichnen, wohl aber einen solchen Ausdruck für das aus der schuldrechtlichen Haftung des Schuldners entspringende Gläubigerrecht; vgl. Koschaker a. a. O. S. 133 f. S. ferner v. Amira in der Rezension von Gierkes Schuld und Haftung ZRG. (Germ. Abt.) 31, S. 384 ff., v. Schwerin, S. 6 ff., A. Schultze an dem Anm. 29 a. O. In Schuldnachfolge und Haftung, S. 42, bezeichnet es v. Gierke als inkonsequent, daß ich den germanischen Schuldbegriff auf der Gläubigerseite durchführe, auf der Schuldnerseite dagegen abweise. Hierzu habe ich zu bemerken, daß ich allerdings das Vorhandensein eines rechtlichen Leistensollens überall dort leugne, wo die Rechtsordnung den Eintritt einer schuldrechtlichen Haftung schlechthin ausschließt. Hiermit steht es aber doch nicht in Widerspruch, wenn ich Gläubigerrechte aus reiner Sachhaftung an-

sich nicht anders. Eine Schuld im Sinne eines Leistensollens und daher auch ein Schuldner, der leisten soll, ist insbesondere ganz unerfindlich in den Fällen der reinen Sach-(Gegenstands-)haftung[26]. Was aber die Fälle der akzessorischen Haftung betrifft, so ist die Annahme abzulehnen, daß neben der Schuld des für das gläubigerische Bekommensollen schuldrechtlich Haftenden, zu deren Sicherung die Sachhaftung besteht, auch noch eine weitere Schuld im Sinne des Leistensollens vorliege, die den Eigner des

---

erkenne, d. h. Fälle, in denen dem Gläubiger ein Schuldner, den ein rechtliches Leistensollen träfe, nicht gegenübersteht. Von einer Schuld kann man in diesen Fällen nur reden, wenn man darunter nicht das Leistensollen des Schuldners, sondern lediglich die Bestimmtheit des Wofür der Haftung versteht (vgl. über diese Verwendung des Ausdrucks Schuld S. 97 ff. dieser Abhandlung). Nicht zutreffend ist es ferner, wenn v. Gierke a. a. O. Anm. 2 bemerkt, es sei für meine Auffassung charakteristisch, daß ich in den Fällen der Schuld ohne Haftung zwar ein unvollkommenes Gläubigerrecht anerkenne, aber eine unvollkommene Schuldnerverbindlichkeit verneine. Ein weiteres Eingehen auf diesen Punkt kann hier jedoch deshalb unterbleiben, weil die Fälle der Schuld ohne Haftung später ohnedies eingehende Erörterung finden werden (vgl. S. 97 ff. dieser Abhandlung).

[26] Über die hierher gehörenden Fälle des heutigen Rechts vgl. meine Schuldübernahme, S. 283 ff./53 ff., 301. Beachtlich auch das sächsische Gesetz über das Pfandleihgewerbe vom 27. Mai 1910, das übrigens in seinem Grundgedanken sowohl mit dem älteren sächsischen Recht als auch mit zahlreichen deutschen Partikulargesetzen übereinstimmt. Vgl. jetzt auch Schweizer ZGB. Art. 907—915. Aus der in den §§ 1001—1003 BGB. unter den daselbst angegebenen Voraussetzungen bestimmten reinen Sachhaftung will Reichel, Iherings J. 59, S. 434 f. einen von ihm sogenannten „unklagbaren (schuldrechtlichen) Anspruch" konstruieren, für den alles das gelten soll, was er in Iherings J. 60, S. 38 ff. bezüglich aller dieser Ansprüche ausführt. Hiernach soll der Gläubiger aus der im § 1003 festgelegten Haftung dem Eigentümer der haftenden Sache gegenüber insbesondere auch zur Befriedigung im Wege der Aufrechnung berechtigt sein (a. a. O. S. 58 ff.). Diese und andere Konsequenzen gewinnt Reichel auf Grund abstrakter Erörterungen, welche die Fühlung mit dem Gesetz und die sorgfältige Prüfung der einzelnen unter die sogenannten „unklagbaren Ansprüche" eingereihten Fälle vermissen lassen. Sie können daher nicht angenommen werden. Was speziell das Recht des Gläubigers zur Befriedigung im Wege der Aufrechnung betrifft, so setzt es notwendig ein gewisses Maß von schuldrechtlicher Haftung des Schuldners, gegen den aufgerechnet wird, voraus, wie es z. B. in § 56 BörsenG. (vgl. auch dessen § 57) anerkannt ist. Aus der reinen Sachhaftung des § 1003 BGB. kann sich ein Recht des Gläubigers zur Befriedigung im Wege der Aufrechnung unmöglich ergeben.

haftenden Gegenstands als solchen treffe[27]. Die Erörterung hierüber soll jedoch an dieser Stelle nicht weiter geführt werden und zwar umsoweniger als auch v. Gierke, obschon zum Teil anderer Meinung, auf den ebenbezeichneten Punkt in seiner jüngsten Schrift nicht weiter eingeht[28].

IV.

Die germanistische Forschung ist von einer endgültigen Feststellung des Verhältnisses von Schuld und Haftung zur Zeit noch so weit entfernt, daß jede neue tiefer bohrende Untersuchung die bisherige Fragestellung verschiebt und gar manches von dem als problematisch erscheinen läßt, was man noch kurz vorher als sicher annehmen zu können glaubte[29]. Im heutigen Recht liegen die

[27] Dazu meine Schuldübernahme, S. 282 ff./52 ff. S. neuestens auch v. Tuhr, Allg. Teil I, S. 116 ff., M. Wolff, Sachenrecht (zweite Bearbeitung) § 131 II, v. Schwerin a. a. O. S. 17, Hellmann a. a. O. S. 506, Puntschart (in Goldschmidts Z. 71, S. 315). Vgl. übrigens noch weiter unten S. 115 Anm. 118.

[28] Schuldnachfolge und Haftung, S. 41 Anm. 4.

[29] Neues Licht auf die einschlagenden Fragen wirft insbesondere das Buch von H. Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, Bd. 1 (1912). Darüber Schreiber in Göttingischen gelehrten Anzeigen 1912 S. 569 ff., A. Schultze in ZRG. 33 (Germ. Abt.) S. 606 ff. und G. Hugelmann in Grünhuts Z. 40, 272 ff. Im Gegensatz zu anderen Germanisten, insbesondere zu v. Gierke, versteht Planitz unter „Schuld" nicht ein auf sich gestelltes Leistensollen des Schuldners, aus dem sich für den Gläubiger keine wie immer geartete Macht ergibt; er gebraucht den Ausdruck Schuld vielmehr im Sinne von schuldrechtlicher Verpflichtung, Schuldpflicht (vgl. dazu die weiteren Ausführungen im Texte dieser Abhandlung), und nimmt an, daß dem Gläubiger aus einer Schuld, die nach den Regeln des Schuldrechts zustande gekommen war (S. 200, 203), bereits die Macht erwuchs, gegen den Schuldner indirekten Zwang zur Bewirkung der geschuldeten Leistung zu üben. Die hierzu verwendeten Mittel waren (nach Planitz) einerseits: die formelle Mahnung, die Herbeiführung der Bußfälligkeit des Schuldners, eventuell dessen Friedloslegung; andererseits: die außergerichtlich, also im Wege der Selbsthilfe, erfolgende Pfandnahme, infolge deren der Gläubiger an dem genommenen Pfande zunächst nur ein Zurückbehaltungsrecht erhielt (S. 1—14). Auf der hierdurch gegebenen Grundlage — so nimmt Planitz weiter an — hat sich dann schon im Mittelalter die normale Zwangsvollstreckung wegen Schuld entwickelt (S. 14 ff.). — Über die rechtliche Macht des Gläubigers als solchen vergleiche übrigens schon v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I, 64 ff., II, 85 ff. Siehe

Dinge wesentlich einfacher. Denn wenn wir uns fragen, was die Ausdrücke „Schuldverhältnis", „Schuldner", „Schuld" in der heutigen Rechtssprache und insbesondere in der des BGB. bedeuten, so erhalten wir darüber Auskunft durch §§ 241, 242 BGB. Darnach ist das Schuldverhältnis ein Verhältnis zwischen zwei Personen, kraft dessen die eine Person, der Gläubiger, berechtigt ist, von der anderen, dem Schuldner, eine Leistung zu *fordern* und diese Person jener gegenüber *verpflichtet* ist, die Leistung zu bewirken. Das Recht des Gläubigers heißt *Forderung* (Forderungsrecht), die *Verpflichtung* des Schuldners Schuld (*Schuldpflicht*)[30]. Als gleichbedeutend mit Schuld in *diesem* Sinne verwendet das BGB. an verschiedenen Stellen den Ausdruck „Verbindlichkeit"[31], etwas schulden (Schuldner sein) heißt endlich zu einer Leistung schuldrechtlich *verpflichtet* sein.

An einzelnen Stellen versteht jedoch das Gesetz unter Schuld nicht die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung, sondern nur *dasjenige, zu dessen Leistung der Schuldner verpflichtet ist, bezw. was der Gläubiger zu fordern hat* (vgl. z. B. 244, 245, 246, 288, 291, 301 BGB.) und bei dem Ausdruck „Grundschuld" fehlt sogar jede Beziehung zu einer dem Recht des Gläubigers gegenüberstehenden Verpflichtung einer anderen Person, sondern bedeutet Schuld zunächst dasjenige, was der Gläubiger kraft seines Rechtes aus dem belasteten Grundstück bekommen soll, außerdem aber wohl auch das durch die Haftung des Grundstückes begründete Recht des Gläubigers[32], sich in An-

---

aus jüngster Zeit auch noch Heinrich *Mitteis*, Rechtsfolgen des Leistungsverzugs beim Kaufvertrag nach niederländischen Quellen des Mittelalters (1913) S. 140 ff., besonders S. 142: „Das Wesen der Obligation ist eben dem deutschen Recht nie Ohnmacht gewesen, sondern Herrschaft, auch schon vor der Fälligkeit."

[30] Vgl. zu diesem Ausdruck *meine* Schuldübernahme S. 290/60, Anm. 89 und jetzt Schweizer-Obligationenrecht Art. 72, 73, 101.

[31] Vgl. beispielsweise §§ 339, 340, 341, 345, 357, 358, 360, 656, 762, 765, 766, 769, 770.

[32] Die Grundschuld in diesem Sinne ist eine Gläubigerschuld im Sinne des mittelalterlichen deutschen Rechts (ohne eine ihr entsprechende Schuldnerschuld).

sehung dieses Bekommensollens aus dem Grundstück zu befriedigen[33]. Die zuletzt erwähnten Bedeutungen von Schuld bedürfen vorerst[34] keiner weiteren Erörterung. Über die Hauptbedeutung von Schuld = Schuldpflicht, Verpflichtung, Verbindlichkeit zu einer Leistung bleibt aber noch einiges zu sagen.

Es ist vielfach behauptet worden, daß Schuld im Sinne von Schuldpflicht auch für das heutige Recht nichts weiter sei als ein auf sich gestelltes, d. h. von jeder Haftung unabhängiges Leistensollen des Schuldners und daß die Möglichkeit eines vom Schuldner zur Durchsetzung dieses Leistensollens zu übenden Zwanges mit dem Wesen der Schuld und des aus ihr dem Gläubiger erwachsenden Forderungsrechtes nicht das Geringste zu tun habe[35]. Allein diese Auffassung ist nicht von dieser Welt, sie verkennt den Zweck der Privatrechtsordnung und die Dynamik der Kräfte, zu deren Auslösung sie den privatrechtlich Berechtigten befugt, und sie versagt bereits, wenn man sich die einfache Frage vorlegt, wodurch sich die schuldrechtliche Verpflichtung von Sachverhalten unterscheidet, bei denen die Rechtsordnung eine Schuldpflicht nicht anerkennt.

Zur Erläuterung des soeben Gesagten mag zunächst die Vorschrift des BGB. § 1624 Abs. 1 herangezogen werden:

---

[33] Über die Verwendung des Ausdrucks „Schuld" in BGB. § 762 Abs. 2 vgl. unten S. 98.

[34] Auf die verschiedene Bedeutung des Ausdrucks Schuld wird übrigens in anderem Zusammenhange noch zurückzukommen sein; vgl. S. 97 ff.

[35] Für die im Texte abgelehnte Ansicht hatte sich einst mit großer Schärfe besonders Sohm ausgesprochen, indem er das Wesen der Obligation als Ohnmacht bezeichnete. Vgl. hierüber und dagegen meine Schuldübernahme, S. 305 ff./75 ff. und die daselbst berufenen Schriftsteller. Daselbst ist auch bereits bemerkt, daß Sohm diese Auffassung seitdem aufgegeben hat. In die ältere Auffassung Sohms mündet aber neuestens wieder vollständig ein Enneccerus in seinem Lehrbuch. Genaueres hierüber weiter unten S. 83 ff. Nicht hierher gehört dagegen v. Gierke, dessen deutschrechtliche Schuld sich von dem, was im Texte als Schuldpflicht (Verbindlichkeit, Verpflichtung, Obligation im passiven Sinn) bezeichnet wird, sehr wesentlich abhebt. Vgl. dazu die weiteren Ausführungen im Texte S. 92 ff.

„Was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird (Ausstattung), gilt auch, wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß übersteigt."

Das Gesetz stellt hier dem Falle einer den Vater bezw. die Mutter des Kindes treffenden rechtlichen Verpflichtung zur Gewährung einer Ausstattung, wie sie durch § 1620 (bezüglich der Aussteuer) gegeben ist, den anderen Fall gegenüber, wo es die Gewährung einer Ausstattung zwar für nicht unangebracht erachtet und aus diesem Grunde offenbar begünstigt, ohne jedoch das hierbei unter Umständen vielleicht anzuerkennende sittliche Soll zur Rechtspflicht zu erheben. Ein gewisses Maß von Aussicht auf Gewährung einer angemessenen Ausstattung hat das Kind, obschon es sie nicht verlangen kann, sicherlich auch in diesem Falle. Erfüllt sich aber die Erwartung des Kindes, und wird ihm also die angemessene Ausstattung von dem Vater bezw. der Mutter tatsächlich gewährt, so kann das Geleistete nicht als indebitum kondiziert werden und liegt so wenig als im ersten Falle eine Schenkung vor. Mit Rücksicht hierauf kann man daher von einer durch die bestehenden konkreten Verhältnisse begründeten Rechtslage sprechen, vermöge deren dem Kinde in Aussicht gestellt ist, eine Leistung, zu deren Bewirkung der Vater bezw. die Mutter nicht verpflichtet ist, sofern sie aus freien Stücken erfolgt, so behalten zu dürfen, wie wenn sie ihm geschuldet gewesen wäre. Eine wesentliche Veränderung der bezeichneten Rechtslage tritt bereits ein, wenn der Vater bezw. die Mutter dem Kinde die Gewährung einer angemessenen Ausstattung, mag das auch formlos geschehen, verspricht. Denn dann entsteht für den Versprechenden allerdings eine Rechtspflicht, die ihn als solche bisher nicht belastet hatte.

Für die Ziehung einer scharfen Grenze zwischen einem Schuldverhältnis im Sinne des § 241 BGB. und den sogenannten unvollkommenen Schuldverhältnissen, sind auch die bekannten Bestimmungen der §§ 656, 762, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. von Belang. Obschon es in allen diesen Fällen an der rechtlichen Bestimmtheit der dabei in Frage kommenden Leistungen sowie der beteiligten Personen nicht fehlt, obschon dem Empfänger das endgültige Behaltendürfen der ihm freiwillig erbrachten Leistung auch hier in feste Aussicht gestellt ist, und obschon, wenigstens in einigen dieser Fälle, von einer sittlichen oder doch wenigstens von einer Anstandspflicht zur Leistung wird gesprochen werden können, so verneint das Gesetz doch schlechthin das Vorhandensein eines Forderungsrechts auf der einen und einer Rechtspflicht[36] auf der anderen Seite und schließt es die Möglichkeit einer Haftung für die Leistung und zwar selbst einer akzessorischen völlig aus[37].

Während also bei den erwähnten unvollkommenen Gestaltungen ein gegen den Quasischuldner sich richtendes rechtliches Soll nicht zur Entwickelung gelangt, haben wir es bei den von der Rechtsordnung sanktionierten Schuldverhältnissen mit einem Schuldner zu tun, der einem rechtlichen Soll unterworfen ist und während wir dort einen Gläubiger, der forderungsberechtigt wäre, vermissen, ist der Schuldner hier dem rechtlich begründeten Verlangen des Gläubigers ausgesetzt und hat er das Nichterbringen der Leistung nach Maßgabe des Gesetzes zu vertreten.

Sachlich kommt man aber auch hiermit keinen Schritt weiter, solange man das Wesen der schuldrechtlichen Verpflichtung (also auch der durch Leistungsverzug herbeigeführten Erweiterung) darin

[36] Ebenso v. Gierke, Schuld und Haftung S. 99 Anm. 1.

[37] Eigenartig § 54 BörsG., wonach derjenige Teil, für welchen das Börsentermingeschäft nicht verbindlich ist, demjenigen Teil, für den es verbindlich ist, eine Sicherheit mit der Wirkung bestellen kann, daß dieser Teil befugt wird, aus der Sicherheit Befriedigung zu suchen; vgl. hierzu noch Anm. 85 auf S. 94.

erschöpft findet, daß der Schuldner die Güte haben werde, freiwillig zu leisten, was er leisten „soll".

Zu einer klaren Antwort auf die aufgeworfene Frage gelangt man erst durch die Erwägung, daß unser Privatrecht und zwar nicht nur das im BGB. enthaltene eine schuldrechtliche Verpflichtung nur für gegeben erachtet, wenn jemand in Ansehung einer zu erbringenden Leistung *schuldrechtlich haftet*. Die schuldrechtliche Haftung ist hiernach etwas der Schuldpflicht Immanentes, eine condicio sine qua non für deren Dasein. Als Belege hierfür mögen die zahlreichen Bestimmungen dienen, in denen der Ausdruck „haften" als gleichbedeutend mit schuldrechtlich verpflichtet sein verwendet wird. Vgl. z. B. §§ 53, 54, 179, 427, 431, 528, 571, 579, 702, 733, 755, 767, 769, 774, 818, 835, 840, 990, 1108, 1251, 1388, 1459, 1480, 1606, 1607, 1608, 1833, 2024, 2058, 2060, 2061, 2145, 2219, 2319, 2329, 2378, 2382 BGB.; HGB. §§ 128, 161, 178, 200, 320, 486, 487, 488, 507, 693, 771, 773, 775; GmbHG. § 11; GenG. § 122.

Die vorhin erwähnte und bekämpfte Auffassung der schuldrechtlichen Verpflichtung bedarf hiernach der Berichtigung. Schuld im Sinne von *Schuldpflicht* (Verpflichtung, Obligation) ist nämlich nicht ein auf sich gestelltes, *sondern ein auf schuldrechtlicher Haftung beruhendes und durch diese gesichertes Leistensollen*[38]. Indem die Rechtsordnung ein Schuldverhältnis

[38] Daß ein Leistensollen im Sinne des Textes anzuerkennen ist, wird auch von denjenigen Germanisten zugegeben, welche in der deutschrechtlichen Schuld ein von jeglicher Haftung unabhängiges Leistensollen erblicken. Vgl. P. *Puntschart*, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 103; v. *Gierke*, Schuldnachfolge und Haftung, S. 42 Anm. 2 (wo von einem auf erzwingbarem Rechtsgebot beruhenden Sollen geredet wird); v. *Amira*, der, Nordgerm. Obligationenrecht, II, 76, in der Auffassung der Schuld im Sinne von Schuldpflicht, d. h. als etwas auf der schuldrechtlichen Haftung Beruhendes einen klaren und verständlichen Gedanken erblickt und die der römischen obligatio in ihrer passiven Bedeutung entsprechende Rechtslage des Schuldners auch für das nordische Recht als „Obligation" bezeichnet [vgl. a. a. O. I, S. 22 ff.; nach der Ausführung auf S. 27, 28 ist varpa (= Haft) recht eigentlich der Ausdruck für das Wesen der Obligation, steckt in jeder *Pflicht* zum Leisten ein varpa, beruht die Leistungs*pflicht* also auf

anerkennt, macht sie denjenigen, welcher die Leistung bekommen soll, dadurch zum Gläubiger, daß sie ihm einen für die Leistung Haftenden als Schuldner gegenüberstellt und rüstet sie, soweit an ihr liegt[39], jenen mit der Macht aus, sein auf die Bewirkung der Leistung gerichtetes Verlangen im Wege eines

---

der schuldrechtlichen Haftung, begründet erst diese das „Verantwortlichsein" des Schuldners, und nach den Darlegungen S. 42, 60 ff., 65 hat die Entstehung einer „Verbindlichkeit" des Schuldners und eines „Forderungsrechts" des Gläubigers das Vorhandensein einer schuldrechtlichen Haftung zur Voraussetzung]; Heusler, Institutionen, II. S. 225 f. findet das Wesen der Obligation (= Schuldpflicht) auch im deutschen Recht darin, daß der Schuldner dem Gläubiger obstrictus (d. h. haftbar) sei. Daß die Auffassung des Textes dem römischen Recht entspricht, ergibt sich aus den bekannten Legaldefinitionen der Quellen in l. 3 D. 44, 7 und pr. J. III, 13. Dazu außer Brinz in Grünhuts Z., I, S. 11 ff. und in Pandekten 2. Aufl. II, S. 1 ff., 20 ff. neuestens Pacchioni und Marchi an den in Anm. 11 a. O. (bei Pacchioni s. besonders S. 166 ff.). Von der im Texte aufgestellten Formulierung unterscheidet sich die von Brinz gegebene nur dadurch, daß dieser Schriftsteller nicht von einem auf der Haftung beruhenden Leistensollen, sondern von einem durch sie begründeten Leistenmüssen geredet wissen will. Gegen diese Fassung spricht aber zunächst schon, daß die erste Absicht der Rechtsordnung offenbar darauf geht, daß der Schuldner leiste, ohne es auf Klage und Zwangsvollstreckung ankommen zu lassen, ferner daß die Rechtsordnung den Erfolg einer eventuellen Zwangsvollstreckung nicht zu garantieren vermag (vgl. gegen das Leistenmüssen des Schuldners auch Rabel, Unmöglichkeit der Leistung in der Festgabe für E. J. Bekker, S. 8 und P. Kretschmar, Die Erfüllung, S. 24). Wie Brinz aber Krückmann in Iherings J. 57, S. 2 ff. und Binder in Bl. f. vergleich. Rechtswiss. 2, S. 389, ja über Brinz sogar noch hinaus in seiner Rektoratsrede 1912 (vgl. über sie weiter unten S. 29 ff.). Mit der Auffassung des Textes sachlich übereinstimmend Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 202; Zitelmann, Internationales Privatrecht, I, S. 45 ff., 53; H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht (1906), S. 87; Dernburg, Das bürgerliche Recht, II 1, § 1 (unter III a. E. unter Bezugnahme auf § 241). Auf dem Standpunkt des Textes steht sachlich insbesondere auch Siber in Plancks Kommentar, II 4. Aufl. S. 16 ff., 20, 25 (zitiert nach den Aushängebogen). Schuld im Sinne von Schuldpflicht ist ihm hiernach ein rechtliches Leistensollen, dessen Befolgung von der Rechtsordnung direkt oder indirekt durch Zwangsmittel gesichert wird. Er leugnet daher auch ein rechtliches Sollen überall dort, wo die Rechtsordnung auf die Nichterfüllung gar nicht reagiert und bezeichnet Schuld und Haftung als zwei Seiten eines und desselben Rechtsverhältnisses (vgl. dazu die weiteren Ausführungen im Texte S. 25 ff.).

[39] Vgl. über diesen Punkt noch weiter unten S. 35 und S. 38 f.

gegen diesen zu übenden Rechtszwanges[40] nach Möglichkeit durchzusetzen.

Die dem Gläubiger zu diesem Zweck zur Verfügung gestellten Mittel sind nach heutigem Recht folgende: Zunächst, in freilich sehr bescheidenem Maße, das Recht zur Selbsthilfe nach § 229 BGB. Wichtiger ist das dem Gläubiger nach Maßgabe der §§ 387 ff. zustehende Recht zur Befriedigung im Wege der Aufrechnung[41]. Von ganz besonderer Bedeutung ist aber die dem Gläubiger im BGB. in der ZPO., in der KO., im ZVG. und in anderen Gesetzen behufs der Realisierung der Haftung des Schuldners in Aussicht gestellte obrigkeitliche Hilfe[42]. Ihre Anrufung führt unter Umständen zur Auslösung eines gegen den Schuldner sich richtenden psychologischen Zwanges zur Leistung des Geschuldeten (vgl. ZPO. § 888 und 510b) oder vermittelt dem Gläubiger im Wege des Zugriffs auf das Vermögen des Schuldners doch die Möglichkeit, sich aus diesem entweder geradezu dasjenige zu verschaffen, was ihm unmittelbar geschuldet ist, oder, wenn dies praktisch ausgeschlossen ist, doch wenigstens eine entsprechende Ersatzleistung in Geld.

Die schuldrechtliche Haftung im dargelegten Sinne ist somit eine Rechtslage, vermöge deren jemand (der Schuldner) in Ansehung einer zu erbringenden Leistung auf Begehren desjenigen,

[40] Dieser Rechtszwang braucht nicht notwendig ein direkter, d. h. so beschaffener zu sein, daß der Gläubiger durch dessen Ausübung unmittelbar den Inhalt der ihm gebührenden Leistung realisiert. Es gibt auch einen indirekten Rechtszwang, durch den auf den Willen des Schuldners eine Pression geübt wird, vermöge deren sich dieser in aller Regel veranlaßt sieht, die von ihm geschuldete Leistung selbst zu erbringen. Derartige Mittel des Rechtszwangs waren im altgermanischen Recht die förmliche Mahnung, die Friedloslegung, die außergerichtliche Pfandnahme; s. hierüber oben Anm. 29.

[41] Es ist ein Ausfluß aus der schuldrechtlichen Haftung des Schuldners. Vgl. auch Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Vorbemerkung zu § 387, Franz Leonhard im ArchBR. 21, S. 209 ff., v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht, S. 15 Anm. 6.

[42] Schief ist es jedoch, wenn die ganze Lehre von der Haftung in das Zivilprozeßrecht verlegt werden will. In dieser Beziehung ist auf das schon in meiner Schuldübernahme, S. 306/76 Gesagte zu verweisen.

welchem sie gemacht werden soll (des Gläubigers), einem gegen ihn und sein Vermögen sich richtenden Rechtszwange ausgesetzt ist. Mit Rücksicht auf diesen aus den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen sich ergebenden und im wesentlichen auch von der herrschenden Lehre anerkannten Haftungsbegriff[48] erscheint der nachgewiesene gesetzliche Sprachgebrauch nicht nur als begreiflich, sondern auch als innerlich gerechtfertigt. Die praktisch wichtigste Erscheinungsform der schuldrechtlichen Haftung ist die Vermögenshaftung des Schuldners. Vorzugsweise auf sie beziehen sich die von der schuldrechtlichen Haftung redenden gesetzlichen Bestimmungen, und auch nur sie kommt für unsere weitere Erörterung in Betracht.

Im Einzelnen ist noch zu bemerken:

1. Wo und soweit die Rechtsordnung in Ansehung einer Leistung, welche der eine von einem anderen erwarten zu dürfen glaubt, das Vorhandensein einer Schuldpflicht verneint, versagt sie damit zugleich auch den Eintritt einer schuldrechtlichen Haftung und wo sie den Eintritt einer schuldrechtlichen Haftung schlechthin ausschließt, verneint sie auch das Dasein einer Schuldpflicht.

Hiermit sind die Entscheidungen von BGB. § 656 Abs. 1 Satz 2 und § 762 Abs. 1 Satz 2 sehr wohl verträglich. Denn die Rechtsordnung kann sich aus guten Gründen veranlaßt sehen, die Rückforderung einer gemachten Leistung auszuschließen, obschon eine Rechtspflicht zu ihrer Bewirkung nicht vorhanden ist. Im

---

[48] Enger, als dies im Texte geschehen ist, bestimmen diejenigen den Begriff der Haftung, welche darunter — wenigstens regelmäßig — nur das Zugriffsrecht des Gläubigers (genauer die Rechtslage, vermöge deren der Schuldner dem Zugriff des Gläubigers ausgesetzt ist) verstehen; so v. Tuhr, S. 111, Siber, S. 19 (unten). Infolge dieser Einschränkung des Haftungsbegriffs sieht sich aber dann Siber genötigt, überall dort von einer „Schuldpflicht ohne Haftung" zu reden, wo sich die Rechtsordnung zwecks Sanktionierung einer Schuldpflicht eines anderen Mittels als der Gewährung eines Zugriffsrechts bedient. Nach der im Texte vertretenen Auffassung liegt dagegen auch in diesen Fällen Haftung vor (vgl. darüber die weiteren Ausführungen auf S. 24 f.) und ist daher von einer Schuldpflicht ohne Haftung nicht zu reden.

Falle einer sogenannten Spiel- oder Wettschuld (und in verwandten Fällen) gelangt man zur Annahme einer Rechtspflicht zur Leistung auch dann nicht, wenn man KO. § 32 bezw. AnfG. § 3 Ziff. 3 dahin auslegt, daß in der durch den Verlierer erfolgten Zahlung eines Spiel- oder Wettverlustes eine nach Maßgabe der genannten Bestimmungen der Anfechtung unterliegende „unentgeltliche Verfügung" nicht zu erblicken ist[44]. Es kann nämlich ohne weiteres zugegeben werden, daß dem Begriff der unentgeltlichen Verfügung Gewalt angetan würde, wenn man die Bewirkung einer solchen Leistung, deren Unterbleiben unter Umständen den Zusammenbruch der sozialen Existenz des Leistenden zur Folge haben könnte, als unentgeltliche Verfügung behandeln wollte. Der scharfe Gegensatz zwischen bloßer Anstandspflicht und Rechtspflicht wird aber dadurch nicht aufgehoben[45]. Er tritt uns mit voller Deutlichkeit entgegen, wenn wir uns die Möglichkeit vergegenwärtigen, daß ein nach BGB. §§ 1990, 1991 haftender Erbe einem noch unbefriedigten Darlehnsgläubiger entgegenhalten würde, er habe, vor die Wahl gestellt, ob er den noch vorhandenen Nachlaßrest zur teilweisen Befriedigung des Darlehnsgläubigers oder zur Deckung einer Spielschuld des Erblassers verwenden solle, sich für das letztere entschieden und könne daher wegen der vollständigen Erschöpfung des Nachlasses vom

---

[44] Dazu v. Tuhr, Allg. Teil, S. 95 und die daselbst Anm. 10 Berufenen.

[45] Anders v. Tuhr a. a. O. Er will daraus, daß das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat, und daß die Leistung nicht den Charakter einer unentgeltlichen Zuwendung hat, im Widerspruch mit dem Gesetz eine Rechtspflicht des Verlierers zur Leistung konstruieren. Gegen die Zulässigkeit dieser Konstruktion vgl. weiter unten S. 84 ff. die gegen Enneccerus sich richtenden Ausführungen. Von der Auffassung von Enneccerus unterscheidet sich übrigens die v. Tuhrs darin, daß dieser ein Recht des Gewinners, den Spiel- oder Wettgewinn vom Verlierer zu verlangen, schlechthin leugnet (a. a. O. S. 96, 259). Hierin ist v. Tuhr gewiß beizustimmen. Nur möchte man glauben, daß dann auch nicht das geringste Bedürfnis für die Konstruktion einer rechtlichen Verpflichtung des Verlierenden vorhanden ist.

Darlehnsgläubiger nicht mehr in Anspruch genommen werden. Es ist klar, daß diese Verteidigung nicht durchgreift: Der Erbe würde wegen der unzulässigen Verwendung des Nachlaßrestes dem Darlehnsgläubiger Ersatz leisten müssen. Diese Entscheidung würde aber sogar dann festgehalten werden müssen, wenn man sich den noch unbefriedigten Gläubiger nicht als Gläubiger aus einem Darlehen, sondern als Gläubiger aus einem Schenkversprechen oder einer Vermächtnisverfügung des Erblassers denkt.

2. Nicht mit Stillschweigen dürfen diejenigen Fälle übergangen werden, in denen jemand in Ansehung einer ihm gegenüber von einem anderen beanspruchten Leistung ipso iure zwar dem normalen Rechtszwang unterliegt, sich der Durchführung desselben aber durch peremptorische Einrede zu entziehen vermag. Der wichtigste hierher gehörende Fall ist der der *verjährten Schuld*[46]. Macht der Schuldner hier das ihm zustehende Leistungsverweigerungsrecht geltend, so schaltet er dadurch — soweit nicht § 390 Satz 2 eingreift — seine schuldrechtliche Haftung aus und drückt er seine bisherige Schuldpflicht zu einer derartigen praktischen Unwirksamkeit herab, daß der klagende Gläubiger mit dem von ihm erhobenen Anspruch auf Leistung abgewiesen werden muß. Eine *normale* Schuld im Sinne von schuldrechtlicher Verpflichtung liegt also bei der verjährten Schuld gewiß nicht vor. Trotzdem steht sie jener näher als die sonstigen unvollkommenen Schuldverhältnisse. Sie ist nicht Nichtschuld, (= Nichtschuldpflicht) wie zum Beispiel die sogenannte Spiel- oder Wettschuld, sondern nur eine wesentlicher Abschwächung unterliegende Schuld, der aber ungeachtet dieser Möglichkeit doch noch immer gewisse Funktionen der normalen Schuld verbleiben, und deren Lebensfähigkeit daher auch noch nicht endgiltig abgestorben ist. Sie ist nicht nur zahlbar, sondern vermag auch die Grundlage eines wirksamen vertragsmäßigen Anerkenntnisses sowie einer akzessorischen Haftung zu bilden (§ 222 Abs. 2, § 223 BGB.).

[46] Vgl. BGB. §§ 222, 223.

Die Forderung aus einer verjährten Schuld kann ferner unter Umständen aufgerechnet (390 BGB.; siehe auch §§ 479, 490 Abs. 3 BGB.) und einredeweise geltend gemacht worden (so mittels Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320, vgl. ferner §§ 478, 490, Abs. 3, 639, 821, 853 BGB.) und wird durch bloßen Verzicht des Schuldners auf die Verjährungseinrede vollwirksam.

3. Wie es keine Schuldpflicht ohne schuldrechtliche Haftung des Schuldners gibt, so gibt es im heutigen Recht auch keine schuldrechtliche Haftung ohne Beziehung auf eine Schuldpflicht des schuldrechtlich Haftenden[47]. Ohne diese kann jene nicht praktisch werden. Die hiergegen von einzelnen Schriftstellern auf Grund der germanistischen Lehre von Schuld und Haftung geltend gemachten Bedenken haben sich als nicht stichhaltig erwiesen.

Es war insbesondere behauptet worden, daß, wie der Bürge des älteren deutschen Rechts, so auch der heutige Bürge, da er nicht eine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen, sondern nur für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit einzustehen hat, lediglich hafte und nicht Schuldner (Verpflichteter) sei. Hierbei hat man aber verkannt, daß der Bürge, soweit er vom Gläubiger in Anspruch

---

[47] Wenn v. Tuhr a. a. O. S. 110 bemerkt: „noch weniger gibt es Haftung ohne Schuld“ (wobei Schuld offenbar im Sinne von Schuldpflicht gemeint ist), so denkt er dabei doch wohl nur an die schuldrechtliche Haftung. Denn bei reiner Sachhaftung kommt auch nach v. Tuhrs Ansicht eine Schuldpflicht nicht in Frage (vgl. oben Anm. 27). Auffallend sind die Ausführungen v. Tuhrs S. 119 f. Er bemerkt daselbst, daß bei einem nicht voll geschäftsfähigen Schuldner von den regelmäßigen Elementen der Obligation nur die Haftung, nicht auch die Verpflichtung vorhanden sei. Auf S. 120 hält er es aber dann doch wieder für erlaubt, von einer Verpflichtung des Mündels zu sprechen, worauf im folgenden Satze neuerdings auseinandergesetzt wird, daß der nicht voll geschäftsfähige Schuldner nicht verpflichtet sei, sondern nur für die Erfüllungstätigkeit seines Vertreters hafte. Hält man das fest, so scheint die Konsequenz unvermeidlich, daß ein nicht voll geschäftsfähiger Schuldner auf Erfüllung nicht verklagt werden könnte, denn nach v. Tuhrs Ausführung auf S. 110 setzt die Klage auf Erfüllung eine Verpflichtung des Beklagten voraus. Man gewinnt hiernach den Eindruck, daß v. Tuhr selbst noch nicht zu innerlich abgeschlossenen Ergebnissen gelangt ist.

genommen werden kann, doch etwas zu leisten hat und in Ansehung dieser Leistung somit Schuldner ist[48].

Das eben Gesagte führt zu einer Bemerkung allgemeinerer Natur. Es ist nämlich wohl zu beachten, daß sich aus der Bezeichnung des „Wofür" der schuldrechtlichen Haftung für sich allein noch keineswegs ergibt, was der Gläubiger auf Grund der Haftung des Schuldners von diesem verlangen kann und im Wege des Rechtszwanges soll durchsetzen können.

Das Nächstliegende scheint freilich zu sein, daß das „Wofür" der schuldrechtlichen Haftung zugleich auch das vom Schuldner Geschuldete und durch die Geltendmachung der Haftung zu Verwirklichende bildet. Dies kann jedoch, obschon in zahlreichen Fällen der schuldrechtlichen Haftung zutreffend, auf allgemeine Geltung keinen Anspruch machen. Denn es ist zulässig, von einer Haftung für einen Erfolg auch dort zu sprechen, wo der Haftende zu dessen Herstellung nicht verpflichtet ist, sondern nur wegen des Nichteintrittes des Erfolges Schadenersatz zu leisten hat oder sich irgend etwas anderes gefallen lassen muß.

Ein Sachverhalt der ersten Art ist zum Beispiel gegeben bei der Haftung des Bürgen, wenn die dem Hauptschuldner obliegende Leistung höchstpersönlicher Natur ist oder in sonstigen Fällen der Garantie für einen Erfolg, dessen Herbeiführung menschlicher Willkür entrückt ist. Was der haftende Bürge bezw. der anderweitig Garantierende schuldet, ist dann natürlich nicht die vom Hauptschuldner geschuldete Leistung bezw. der sonst garantierte Erfolg, sondern nur die dem Gläubiger wegen des Nichteintritts des Erfolges gebührende Ersatzleistung.

Ein Beispiel für einen Fall der zweiten Art liefert § 459 BGB. Hiernach haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage

[48] So bereits meine Schuldübernahme, S. 289 f./59 f. und die daselbst Anm. 88 Genannten; s. jetzt auch v. Tuhr, S. 110 bei Anm. 60a.

vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Ist ein solcher Mangel zur angegebenen Zeit aber wirklich vorhanden, so ist der Haftende hier — selbst wenn das unter den besonderen Umständen möglich wäre — keineswegs zur Beseitigung des Mangels verpflichtet, sondern regelmäßig nur zur Einwilligung in die Wandelung oder Minderung und nur ausnahmsweise zur Leistung von Schadensersatz wegen des Nichtvorhandenseins desjenigen, wofür gehaftet wird[49].

Es mögen endlich noch die Fälle erwähnt werden, in denen jemand einem anderen zufolge eines Schuldverhältnisses für ein bestimmtes Verhalten derart haftet, daß ein Anspruch auf Beobachtung dieses Verhaltens praktisch nicht in Frage kommt[50], sondern nur ein Schadensersatzanspruch wegen des Nichtbeobachtens; vgl. z. B. die zahlreichen Bestimmungen, welche jemandem eine Anzeigepflicht auferlegen, ferner §§ 160, 292[51], 347, 498, 966, 989, 1978, 1979, 1991, 2130, 2131 BGB.

Im Zusammenhang mit dem eben Gesagten stehen die Beobachtungen Krückmanns[52], der mit Recht hervorhebt, daß unser Sprachgebrauch von selbst dazu gelangt ist, zwischen einer Haftung „für" und einer Haftung „auf" einen Erfolg zu unterscheiden. Diese letztere Wendung stellt sich nämlich in der Tat immer dort ein, wo scharf zum Ausdruck gebracht werden will, worauf sich der Anspruch des Gläubigers aus der schuldnerischen Haftung wirklich richtet. So bezeichnet man insbesondere die einem Schadensersatzanspruch entsprechende Haftung als Haftung auf (nicht für) Schadensersatz.

4. Jüngsthin hat sich auch v. Tuhr in seiner dem allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts gewidmeten Darstellung S. 110 über

---

[49] BGB. §§ 462, 463.

[50] Dazu v. Tuhr, S. 98.

[51] Nicht zutreffend ist die Behauptung Zitelmanns, Festgabe für Krüger, S. 268, daß sich an den Tatbestand des § 292 keine Haftung auf Schadensersatz wegen Verschulden knüpfe; daß Gegenteil ergibt sich aus dem Wortlaut des § 292.

[52] Nachlese zur Unmöglichkeitslehre in Iherings J. 59, S. 34 ff.

das Verhältnis der schuldrechtlichen Verpflichtung zur schuldrechtlichen Haftung ausgesprochen. Nach der von ihm aufgestellten Formel soll zwischen diesen beiden Dingen ein grundlegender und in dreifacher Beziehung sich scharf ausprägender Gegensatz bestehen. Er führt hierüber aus:

a) Die schuldrechtliche Verpflichtung treffe lediglich die Person, die Haftung dagegen das Vermögen[53] des Schuldners;

b) aus der Schuldpflicht ergebe sich für den Gläubiger ein Verlangendürfen (Anspruch), gerichtet auf eine Willensbetätigung des Schuldners[54]. Durch die Geltendmachung der erst im Stadium der Zwangsvollstreckung praktisch werdenden Haftung wende sich dagegen der Gläubiger nicht mehr an den Willen des Schuldners, sondern setze er sein Recht im Wege des Zugriffs auf das Vermögen des Schuldners ohne Rücksicht auf dessen Willen durch.

c) Die grundlegende Verschiedenheit zwischen Schuldverpflichtung und Haftung mache sich endlich in besonders zwingender Weise in den Fällen der gegenständlich beschränkten Haftung geltend.

Der zuletzt erwähnte Punkt bleibt besonderer Besprechung vorbehalten. Vorerst sollen nur die Punkte a und b ihre Erledigung finden.

Enthalten die hierauf sich beziehenden Ausführungen v. Tuhrs — auf die hier nicht im einzelnen eingegangen werden kann — auch manches Zutreffende, so scheitert seine Hauptbeweisführung doch an der einfachen Erwägung, daß eine von der schuldrechtlichen Haftung des Schuldners unabhängige und somit in diesem Sinne auf sich gestellte schuldrechtliche Ver-

[53] Es braucht kaum erst noch gesagt zu werden, daß der in dieser Abhandlung S. 19 f. entwickelte Haftungsbegriff weiter ist als der von v. Tuhr entwickelte. Da aber auch nach der hier vertretenen Ansicht praktisch fast nur die Vermögenshaftung in Betracht kommt, so braucht diese Differenz nicht weiter verfolgt zu werden.

[54] Hiermit ist übrigens die oben S. 23 Anm. 47 erwähnte Lehre v. Tuhrs nicht gut in Einklang zu bringen.

pflichtung keine juristische Existenz haben und sonach als etwas für sich allein Daseiendes nicht einmal gedacht werden kann[55]. Während durch bloße Sachhaftung eine schuldrechtliche Leistungsverpflichtung nicht begründet wird, besteht das Wesen der schuldrechtlichen Haftung gerade darin, daß bei ihr eine Beziehung zu einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Haftenden immer gegeben ist und ohne solche Beziehung nicht gegeben sein kann. Es ist also auch nicht zulässig, die schuldrechtliche Haftung zur schuldrechtlichen Verpflichtung derart in Gegensatz zu bringen, daß man jener nur eine Wirkung auf das Vermögen, dieser dagegen nur eine Wirkung auf die Person des Schuldners zuschreibt. Daß die Begründung einer schuldrechtlichen Haftung für den Gläubiger eine Anwartschaft auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners auslöst, ist freilich richtig. Allein in diese Beziehung zu einem bestimmten Vermögen gelangt der Gläubiger nicht unmittelbar, sondern nur durch die Person hindurch, zu deren Lasten eine Schuldpflicht und damit zugleich eine schuldrechtliche Haftung, ohne welche die Schuldpflicht nicht vorhanden sein kann, begründet worden ist, und mit Recht führt daher auch die normale schuldrechtliche Haftung im Gegensatz zur Sach-(Gegenstands-)haftung die technische Bezeichnung persönliche Haftung[56].

Es ist ferner nicht richtig, daß die Wirkung der schuldrechtlichen Haftung erst mit der gegen den Schuldner sich richtenden Zwangsvollstreckung einsetzt. Das Gegenteil beweist bereits die dem Gläubiger unter Umständen gegebene Möglichkeit, sich außergerichtlich im Wege der Aufrechnung zu befriedigen. Ohne jede Maßregel der Zwangsvollstreckung erfolgt die Realisierung der Haftung sodann in denjenigen Fällen, wo die vom Schuldner geschuldete Übertragung eines ihm gehörenden Rechtes an den Gläubiger (man

---

[55] Im weiteren Verlaufe der Darstellung wird sich übrigens zeigen, daß die sachliche Verschiedenheit zwischen der hier entwickelten Auffassung und der v. Tuhrs nicht so groß ist, als es nach den von v. Tuhr gegebenen Formulierungen zunächst den Anschein hat.

[56] Weiteres hierüber unten S. 46.

denke zum Beispiel an die geschuldete Übertragung einer Forderung) schon mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils vor sich geht, laut dessen der Schuldner zur Abgabe der in Frage kommenden Willenserklärung verurteilt worden ist (ZPO. 894)[57].

Von ganz besonderer Bedeutung aber ist es, daß der Übernehmer eines Vermögens nach Maßgabe des § 419 BGB. zur Befriedigung der gegen den bisherigen Vermögensinhaber begründeten schuldrechtlichen Ansprüche ohne alle Rücksicht darauf, ob diese bereits exekutionsreif sind oder nicht, lediglich deshalb neben dem bisherigen Vermögensinhaber verpflichtet ist, weil das dem Gläubiger haftende Vermögen auf ihn übergeht[58].

Es muß endlich auch der Behauptung noch besonders widersprochen werden, daß die schuldrechtliche Haftung außer jeder Beziehung zum Willen des Schuldners steht. Gerade dadurch vielmehr, daß dem Gläubiger durch die schuldnerische Haftung die Möglichkeit eröffnet ist, sich aus dem schuldnerischen Vermögen auch ohne und gegen den Willen des Schuldners Befriedigung zu schaffen und sich auf dem Wege der Realisierung der Haftung auch des Schadens zu erholen, den er infolge der vom Schuldner zu vertretenden Leistungsverzögerung, der Schlechtleistung[59], Nichtleistung erleidet, wird auf den Willen des schuldrechtlich Haftenden ein so starker Druck geübt, daß dieser in der großen Mehrzahl der Fälle sich veranlaßt sehen wird, der Realisierung der Haftung durch freiwillige Leistung zuvorzukommen[60]. Überall dort dagegen, wo die Rechtsordnung eine schuldrechtliche Haftung nicht eintreten läßt, entfällt damit zugleich auch eine mit den Mitteln des Rechtes stattfindende Einwirkung auf den Willen des Schuldners und

---

[57] So auch v. Tuhr, S. 262.

[58] Auf diese Erscheinung weist auch v. Tuhr, S. 227 hin. Indem er es tut, anerkennt er zugleich, daß die Vermögenshaftung nicht erst mit dem Zeitpunkt einsetzt, in welchem die gläubigerischen Ansprüche exekutionsreif werden.

[59] Dazu Zitelmann a. a. O. S. 276 ff.

[60] Dazu Brinz, Pandekten 2. Aufl. II, S. 3, 9, 20 ff. und Kretschmar, Die Erfüllung (1906), S. 25.

hängt die Annahme eines trotzdem vorhandenen Verlangendürfens des Gläubigers und einer angeblichen Schuldpflicht des Schuldners vollständig in der Luft.

5. Die im Vorstehenden vertretene Auffassung ist jetzt noch mit den der schuldrechtlichen Haftung gewidmeten Ausführungen Binders in Beziehung zu setzen. Der genannte Schriftsteller hat sich über diesen Gegenstand in den letzten Jahren wiederholt geäußert; zunächst in Goldschmidts Z. 57, 242 ff., dann in Bl. f. vergl. Rechtswissch. (1906, 2, 380 ff., 414 ff.) und zuletzt in seiner Rektoratsrede über Rechtsnorm und Rechtspflicht (1912). An den beiden zuerst angegebenen Orten bekennt sich auch Binder zu der Meinung, daß die schuldrechtliche Haftung ein wesentliches Moment der Schuld im Sinne von Schuldpflicht (Obligation) ist, und spricht er daher auch dem luftigen Gebilde eines nicht auf schuldrechtlicher Haftung beruhenden, sondern von dieser ganz unabhängig bestehenden Leistensollens des Schuldners den Charakter der Schuldpflicht ab. Ich brauche kaum erst noch zu sagen, daß ich mit Binder hierin vollständig übereinstimme.

Obschon er die bezeichnete Grundanschauung auch in seiner jüngsten Publikation festhält, so gibt er ihr doch hier eine überaus zugespitzte und durch diese Zuspitzung übertreibende Fassung. Ihm fällt nämlich das, was die Römer obligatio nannten und wir als Schuldverhältnis bezeichnen, völlig zusammen mit der Haftung für eine Leistung. Die Annahme einer Schuld im Sinne eines Leistensollens, einer Schuldpflicht lehnt er durchaus ab, so zwar, daß er selbst ein auf schuldrechtlicher Haftung sich gründendes Leistensollen nicht mehr anerkennen will. Diese Haltung hängt übrigens mit einer über das Gebiet des Schuldrechtes weit hinausreichenden allgemeinen Betrachtungsweise zusammen, zu der Binder nunmehr gelangt ist, und zufolge deren nicht nur der Begriff der Schuldpflicht sondern auch der der Rechtspflicht überhaupt ein völlig überflüssiger sein soll.

Die hierauf sich beziehenden Ausführungen Binders würden eindrucksvoller sein, als sie tatsächlich sind, wenn ihnen nicht der Vorwurf der Inkonsequenz gemacht werden müßte[61]. Das Ziel der von ihm versuchten Beweisführung faßt Binder (S. 38) in die Worte zusammen: „Die Konsequenz der Rechtsordnung besteht nicht in dem Verpflichtetsein, sondern im Unterworfensein; das Recht ist reale Macht, die sich selbstherrlich durchsetzen muß und auf Verpflichtung überhaupt nicht angewiesen ist." Trotzdem sieht er sich zu dem Zugeständnis genötigt, daß es gewisse Rechtspflichten doch gibt. So redet er zum Beispiel S. 27 von einer „Strafpflicht der Behörde" und bemerkt dann noch allgemein, daß jede eine behördliche Stellung einnehmende Person „durch ihre staatsrechtliche Stellung der Pflicht unterliegt", dem an sie sich richtenden staatlichen Befehl zu gehorchen. Wollte Binder seinen jetzigen Standpunkt folgerichtig durchführen, so müßte er auch die sogenannte Beamtenpflicht leugnen und es bei der Formel bewenden lassen, daß gegen den Beamten, welcher den von der Rechtsordnung an ihn gestellten Anforderungen nicht entspricht, ein durch einen anderen Beamten auszuübender Rechtszwang eintritt u. s. f.

Wenn sich bei Binder dessen ungeachtet und offenbar ganz unwillkürlich die Annahme einer dem Beamten obliegenden Rechtspflicht einstellt, so erklärt sich dies aus einer sehr naheliegenden Erwägung. Es kann nämlich auch Binder nicht entgehen, daß ein Beamter von der dazu berufenen öffentlichen Gewalt nicht zu dem Ende eingesetzt wird, damit gegen ihn Rechtszwang geübt werden kann, wenn er den ihm übertragenen Aufgaben nicht gerecht wird, sondern zwecks Erfüllung dieser Aufgaben. Ein Rechtszwang soll gegen den Beamten erst eingreifen für den völlig unerwünschten Fall, daß die an dessen Einsetzung geknüpfte Erwartung enttäuscht werden sollte. Damit ist aber das Wesen der Rechtspflicht bereits gegeben. Es besteht darin, daß die Rechts-

[61] Vgl. auch Puntschart in KrVJSchr. 50, S. 491 ff.

ordnung von dem ihr Unterworfenen unter Androhung von Nachteilen für den Ungehorsamsfall ein bestimmtes Verhalten verlangt[62].

Muß aber schon einmal rücksichtlich der Beamten das Vorhandensein von Rechtspflichten in diesem Sinne zugestanden werden, so ist nicht einzusehen, warum bei nicht beamteten Personen die Annahme einer Rechtspflicht, zum Beispiel der Wehrpflicht, der Steuerdeklarationspflicht, der Zeugnispflicht, einer öffentlichrechtlichen Anzeigepflicht u. dergl. ausgeschlossen sein soll. Denn der für jene Entscheidung maßgebende Gesichtspunkt greift auch hier allseitig durch.

Aus gleichem Grunde müssen aber auch privatrechtliche Pflichten und als solche insbesondere *Schuldpflichten* anerkannt werden. Nach der Rechtsauffassung aller Zeiten und Völker besteht das praktische Ziel jedes schuldrechtlichen Vertrags darin, daß die der einen Partei von der anderen Partei versprochene Leistung von jener soll verlangt werden können. Wird ein solcher Vertrag aber von der Rechtsordnung als wirksam anerkannt, so entsteht aus ihm für den Versprechenden eine Rechtspflicht zur Leistung. Denn in völliger Übereinstimmung mit der Parteienabsicht hat es die Rechtsordnung zunächst darauf abgesehen, daß das wirksam Versprochene *klaglos geleistet werde*. Auf dasselbe ist der Wille der Rechtsordnung selbstverständlich auch in den Fällen gerichtet, wo sie jemandem ohne ein von ihm eingegangenes Rechtsgeschäft eine an einen anderen zu bewirkende Leistung auferlegt[63]. Hierauf kommt übrigens auch *Binder* selbst hinaus, wenn er, ohne daß er dabei von der allgemeinen Meinung abweiche, die Kundmachung der Gesetze besonders deshalb für wichtig erklärt, damit das Volk sich nach ihnen richten, d. h. sich ihnen entsprechend

---

[62] Damit ist übrigens noch *nicht* gesagt, daß zum Wesen der Rechtspflicht Erzwingbarkeit, zwangsweise Durchsetzbarkeit des durch ihre Aufstellung verlangten Erfolges gehöre. S. darüber weiter unten S. 35, 38 f.

[63] Insofern zutreffend *Kretschmar* a. a. O. S. 26, v. *Tuhr*, S. 110. Allein es ist zugleich zu beachten, daß der Appell an den Willen des Schuldners den Charakter eines diesem obliegenden rechtlichen Leistungssollens nur durch die dahinterstehende Haftung erhält.

verhalten könne. Worin anders als in der klaglosen Leistnng soll nämlich das dem Willen der Rechtsordnung entsprechende Verhalten desjenigen gelegen sein, der für eine von ihm zu erbringende Leistung haftet?

Die von Binder versuchte Eliminierung des Begriffes der Schuldpflicht erweist sich also als undurchführbar[64]. Daß wir seiner nicht entraten und auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse mit dem Haftungsbegriff allein nicht auskommen können, verdeutlicht am besten ein Vergleich der schuldrechtlichen Vermögenshaftung mit der bloßen Sachhaftung. Wer schuldrechtlich für eine von ihm zu bewirkende Leistung haftet, ist dem Gläubiger wegen der Nichtbewirkung der Leistung verantwortlich und haftet ihm dieserwegen mit seinem Vermögen. Den Eigner eines haftenden Gegenstandes als solchen trifft dagegen eine Verantwortlichkeit und eine dieser entsprechende Vermögenshaftung wegen Nichtleistung in keiner Weise. Von einer Schuldpflicht des letzteren ist daher gewiß nicht zu reden. Die schuldrechtliche Haftung löst dagegen mit Notwendigkeit eine schuldrechtliche Verantwortlichkeit und damit eine schuldrechtliche Verpflichtung aus.

6. Obschon Schuldpflicht und schuldrechtliche Haftung sich wechselseitig bedingen, so kann doch jede dieser beiden Seiten der schuldnerischen Rechtsstellung zum Gegenstand besonderer Betrachtung gemacht werden, und mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der hinsichtlich des Wofür und des Womit der Haftung eingreifenden gesetzlichen Bestimmungen, erweist sich eine solche oft sogar als geboten[65].

Indem man sich freilich mit der Frage nach dem Wofür bezw. Worauf der schuldrechtlichen Haftung oder m. a. W. nach dem Inhalt der schuldnerischen Verpflichtung beschäftigt, setzt man dabei bereits als selbstverständlich voraus, daß ein Verhältnis zwischen zwei Personen vorliegt, vermöge dessen die eine von ihnen der anderen schuldrechtlich haftet. Denn andernfalls könnte von

[64] So auch P. Puntschart a. a. O. (vgl. oben S. 30 Anm. 61).
[65] Vgl. jetzt auch Siber bei Planck II[4] S. 20.

einer schuldrechtlichen Verpflichtung überhaupt nicht die Rede sein. Trotzdem ist bei der Beantwortung der bezeichneten Frage eine vorläufige Zurückstellung der Frage nach dem Womit der Haftung und nach deren besonderer Ausgestaltung um so leichter durchführbar, als das Wofür bezw. Worauf der Haftung durch die spezifisch haftungsrechtlichen Bestimmungen meist unberührt bleibt. Doch trifft das nicht ausnahmslos zu. Die Gestaltung der Haftung kann nämlich unter Umständen auch so beschaffen sein, daß sie auf den Inhalt der Schuldpflicht modifizierend einwirkt[66], ja diese sogar gänzlich in Wegfall bringt.

V.

Aus dem Wesen der schuldrechtlichen Haftung ergibt sich, daß sie mit dem Augenblick eingreift, in welchem die Schuld im Sinne von Schuldpflicht zur Entstehung gelangen soll, der Entstehungsgrund der Schuld ist also mit Notwendigkeit der Entstehungsgrund der schuldrechtlichen Haftung und umgekehrt[67]. Obschon

[66] Beachtlich vor allem, daß sich im Falle gegenständlich beschränkter Haftung aus dieser Gestaltung der Haftung in Ansehung des haftenden Vermögens eine den Gläubigern gegenüber eintretende Verwaltungspflicht des Schuldners (oder desjenigen, welcher an Stelle des Schuldners zur Verwaltung berufen ist) ergibt. Dazu meine Schuldübernahme, S. 296/66 Anm. 102.

[67] Hiergegen sprechen auch nicht die von Brinz in Grünhuts Z. I, S. 33 ff. und Pandekten II[2] S. 36 ff. erwähnten Erscheinungen. Brinz führt hier aus, daß schuldrechtliche Haftungen bereits vorhanden sein können, bevor die „Schuld" zur Entstehung gelangt ist. Dieser Bemerkung liegt eine richtige Beobachtung zugrunde, wie sich sofort zeigt, wenn man sich die Haftung des Schuldners aus einem aufschiebend bedingten Schuldvertrag vergegenwärtigt. Vor dem Eintritt der Bedingung besteht diejenige Schuld, deren Entstehung von dem Eintritt der Bedingung abhängig gemacht ist, natürlich noch nicht (§ 158 BGB.). Allein für den Fall, daß die Bedingung eintritt, trifft den bedingt Verpflichteten allerdings schon vor der Erfüllung der Bedingung eine Haftung und eine dieser entsprechenden Hilfsschuldpflicht (§ 160 BGB.). So verhält es sich auch in zahlreichen verwandten Fällen. Beachtenswert ist besonders der in BGB. § 331 Abs. 2 erwähnte Fall, wo sich der Erwerb des Dritten aus einem zu seinen Gunsten geschlossenen schuldrechtlichen Vertrag lediglich deshalb hinausschiebt, weil der Dritte zur Zeit des Todes des Versprechensempfängers noch nicht geboren ist. Trotzdem besteht zugunsten des Dritten für den Fall, daß er zum Erwerb gelangt,

sie sich grundsätzlich auf das ganze Vermögen des Schuldners erstreckt, so kann die schuldrechtliche Haftung doch auch Einschränkungen erfahren; zunächst in der Weise, daß einzelne zum schuldnerischen Vermögen gehörende Gegenstände dem Zugriff des Gläubigers entzogen sind oder daß dies hinsichtlich eines ganzen, zu einem Sondervermögen des Schuldners zusammengeschlossenen Komplexes von Gegenständen zutrifft. Nicht nur infolge dieser Einschränkung, sondern auch ohne sie kann die schuldrechtliche Haftung ihren praktischen Zweck insofern verfehlen, als der Anspruch des Gläubigers ganz oder teilweise ungedeckt bleibt. Es gibt auch uneinbringliche Forderungen bezw. Schulden[68].

Indem die Rechtsordnung ein Forderungsrecht und eine ihm gegenüberstehende Schuldpflicht zur Entstehung gelangen läßt, stattet sie den Gläubiger mit der Anwartschaft auf einen behufs Hereinbringung der Forderung gegen den Schuldner und dessen Vermögen zu übenden Rechtszwang aus. Selbstverständlich bezieht sich diese Anwartschaft nicht auf einen Schuldner und ein schuldnerisches Vermögen in abstracto, sondern nur auf den durch den Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses gegebenen bestimmten Schuldner und das Vermögen dieses Schuldners[69]. Das Vorhandensein eines hinreichenden schuldnerischen Vermögens, aus dem die nicht freiwillig beglichene Schuld im Wege des Rechtszwangs befriedigt werden kann, vermag die Rechtsordnung dem Gläubiger dagegen nicht zu garantieren. Während die Sach-(Gegenstands-)haftung das Vorhandensein einer haftenden Sache (eines haftenden Gegenstandes) zur notwendigen Voraussetzung hat, setzt der Eintritt und

---

schon jetzt eine Haftung des Schuldnes und eine ihr entsprechende Schuldpflicht (zu einem obligationsmäßigen Verhalten). Ein verwandter Fall ist gegeben bezüglich der Haftung (und der entsprechenden schuldrechtlichen Verpflichtungen) des Vorerben gegenüber einem eventuellen Nacherben, dessen Person erst durch ein künftiges ungewisses Ereignis bestimmt werden soll und der zurzeit vielleicht nicht einmal erzeugt ist.

[68] Weiteres hierüber noch unten S. 38 ff.

[69] Vgl. auch Krückmann a. a. O. S. 31.

die Fortdauer einer schuldrechtlichen Haftung (Haftbarkeit) grundsätzlich nicht voraus, daß sich im Vermögen des Schuldners in einem gegebenen Zeitpunkt Gegenstände befinden, auf die der Gläubiger seinen Zugriff richten könnte[70].

Auch der mittellose Schuldner schuldet und haftet im Rechtssinn, er kann in Verzug kommen, hat für die Verzugsfolgen einzustehen, kann verklagt und verurteilt werden. Die tatsächliche Aussichts- bezw. Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung macht also die dem Forderungsrecht des Gläubigers gegenüberstehende Schuld noch nicht zu einer Schuld ohne Haftung. Die praktische Bedeutung einer solchen Schuld besteht, abgesehen davon, daß sie wie vom Schuldner selbst, so auch von Dritten freiwillig bezahlt werden kann, immer noch darin, daß ihrer einredeweisen Geltendmachung nichts entgegensteht, daß sie die Grundlage für akzessorische (bürgschaftliche oder gegenständliche) Haftungen zu bilden vermag und auch dem Schuldner selbst gegenüber durchsetzbar wird, wenn dieser nachträglich einen dem Zugriff des Gläubigers unterliegenden Erwerb macht.

Interessante Beleuchtung erfährt das Verhältnis von Schuld und Haftung durch die Fälle der *beschränkten Haftung* im technischen Sinne. Sie sind verschieden gestaltet. Man muß bei ihnen vor allem zwischen der *quantitativ* beschränkten und der *gegenständlich* beschränkten Haftung unterscheiden. Ein Fall jener Art ist zum Beispiel gegeben, wenn sich jemand für die eventuelle Schadensersatzpflicht eines anderen verbürgt, jedoch mit der Beschränkung, daß seine Bürgschaftsschuld, soweit sie nicht durch ein von ihm selbst zu vertretendes Verhalten eine Erweiterung erfährt, sich auf nicht mehr als 5000 belaufen soll. Diese Beschränkung gewinnt praktische Bedeutung, wenn die Hauptverbindlichkeit 5000 überschreitet. Trotzdem beschränkt sich die *Verpflichtung* des Bürgen auf 5000, in Ansehung deren aber der Bürge mit seinem *ganzen Vermögen* haftet.

[70] Im Sinne des Textes haftete daher nach römischem Recht auch das zurzeit vermögenslose Hauskind in Ansehung der von ihm rechtsgültig kontrahierten Schulden. Vgl. auch *Brinz*, Pandekten II², S. 28.

Wesentlich anders geartet ist die quantitative Beschränkung der Haftung des Kommanditisten, der seine Einlage noch nicht eingezahlt hat, gegenüber den Gesellschaftsgläubigern[71]. Ein solcher Kommanditist befindet sich in einem dreifachen Schuld- bezw. Haftungsverhältnis. Er ist zunächst seinen Mitgesellschaftern gegenüber zur Leistung seiner Einlage verpflichtet und haftet in dieser Beziehung unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen. Als Mitinhaber des Gesellschaftsvermögens trifft ihn sodann die eigenartige Verpflichtung, die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dem Vermögen der Gesellschaft nach Maßgabe der Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes zuzulassen. Er ist endlich den Gesellschaftsgläubigern gegenüber auch selbständig unmittelbar und persönlich zur Befriedigung ihrer Ansprüche verpflichtet, jedoch mit der Beschränkung, daß er für sie nicht in höherem Maße aufzukommen hat, als die von ihm nach Maßgabe der den Gesellschaftsgläubigern gegenüber erfolgten Festlegung noch zu leistende Einlage beträgt. Diese Schuldpflicht des Kommanditisten entfällt gegenüber allen Gesellschaftsgläubigern nicht nur insoweit, als er seine Einlage unmittelbar an die Gesellschaft bereits geleistet, sondern auch, soweit er den Betrag der von ihm zu machenden Einlage zur Befriedigung eines oder mehrerer Gesellschaftsgläubiger verwendet hat und sie erlischt somit vollständig, auch gegenüber denjenigen Gesellschaftsgläubigern, welche nichts erhalten haben, sobald der Betrag, über den hinaus der Kommanditist nicht haftet, durch Leistungen der bezeichneten Art erschöpft ist.

Nach römischem Recht haftete der Gewalthaber gegenüber der actio de peculio insofern quantitativ beschränkt, als er dem auf der angegebenen Grundlage auftretenden Gläubiger, wenn überhaupt, so mit seinem ganzen Vermögen aber nur dumtaxat de peculio, d. h. nur insoweit verpflichtet war, als der in der intentio bezeichnete Betrag zur Zeit der condemnatio[72]

---

[71] Vgl. HGB. §§ 161 ff.

[72] Dazu Lenel, Das Edictum Perpetuum, [2] S. 272.

durch den Wert des peculium rechnerisch gedeckt erschien. Hierauf kann hier nicht weiter eingegangen werden.

Wichtiger für uns ist der durch Justinian normierte Fall der quantitativ beschränkten Haftung des Beneficiarerben für die Nachlaßverbindlichkeiten (Haftung des Erben mit seinem ganzen Vermögen pro viribus hereditatis). Er hebt sich von den bisher genannten Fällen in einem bemerkenswerten Punkte ab[73]. Während wir es dort mit Gestaltungen zu tun hatten, wo die quantitative Beschränkung der Haftung auf den Inhalt der in der Person des Haftenden neu entstehenden akzessorischen Verpflichtung bestimmend einwirkt, läßt die quantitative Beschränkung der Haftung des Inventarerben das Dasein und den Inhalt der in der Person des Erblassers entstandenen und als Last des Nachlasses auf den Erben übergegangenen Verbindlichkeiten unberührt und bestimmt sich nach ihr lediglich die Grenze, über die hinaus eine Realisierung der Haftung gegenüber dem Erben ausgeschlossen ist. Auf die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes ist später noch zurückzukommen.

Innerhalb der Fälle der gegenständlich beschränkten Haftung macht sich folgender Unterschied bemerkbar. In der einen Gruppe der hierher gehörenden Fälle steht dem Gläubiger ein unmittelbar gegen die Person des Schuldners[74] zu verfolgender Anspruch auf Leistung zu, vermag aber dieser seine Haftung auf einen bestimmten Komplex von Gegenständen einzuschränken und damit den Zugriff des Gläubigers auf andere Gegenstände auszuschließen.

So beschaffen ist zum Beispiel die Haftung des Alleinerben nach Maßgabe der §§ 1990—1992 BGB. oder die eines noch nicht schlechthin unbeschränkt haftenden Miterben nach Maßgabe des § 2059 Abs. 1 BGB. und die Haftung des Vermögensübernehmers nach § 419 BGB.; ferner die Haftung der Ehefrau

[73] Dieser Punkt bleibt meist unbeachtet.

[74] Das Gesetz spricht mit Bezug auf solche Fälle ausdrücklich von „persönlicher" Haftung. Vgl. dazu S. 46.

nach der Auseinandersetzung der Gütermeinschaft aus einer vor der Auseinandersetzung nicht berichtigten Gesamtgutsverbindlichkeit, aus der für sie eine „persönliche" Haftung zunächst nicht erwachsen war, nach § 1480 BGB.

In allen diesen Fällen führt die Beschränkung der Haftung, obschon durch sie an dem Wofür der Haftung nichts geändert wird, doch zu einer möglicherweise sehr empfindlichen Einschränkung der dem Gläubiger gegenüber seinem Schuldner regelmäßig zukommenden Rechtsmacht, die in ihrem praktischen Erfolge von einer Reduktion, ja unter Umständen sogar von einer völligen Verneinung der Forderung bezw. der Schuldpflicht nicht wesentlich entfernt zu sein scheint.

Bezüglich des unbeschränkt haftenden Schuldners ist oben gesagt worden, daß er schlechthin zur Leistung verurteilt werden kann, auch wenn er zur Zeit ein dem Zugriff des Gläubigers unterliegendes Vermögen nicht hat. Mit dem gegenständlich beschränkt haftenden und die Beschränkbarkeit seiner Haftung auch entsprechend geltend machenden Schuldner verhält es sich anders. Dies tritt mit besonderer Deutlichkeit in die Erscheinung, wenn der Schuldner dem auf die Leistung klagenden Gläubiger gegenüber sofort liquid stellt, daß das Womit der Haftung bereits erschöpft ist. Es unterliegt keinem Zweifel, daß hier der Gläubiger mit seinem Begehren abgewiesen werden muß[75].

Allein durch eine solche Abweisung — und das ist wohl zu beachten — wird keineswegs das Vorhandensein eines Schuld- und Haftungs*grundes* verneint, sondern nur die Erschöpfung desjenigen Vermögens festgestellt, auf das der Schuldner seine Haftung beschränken durfte und zugleich, daß dieser für die Schuld mit seinem sonstigen Vermögen nicht aufzukommen hat. Es liegt also auch hier eine im Wege des gegen den Schuldner zu übenden Rechtszwanges nicht einbringliche Forderung bezw. Schuld vor. Nur ist die Uneinbringlichkeit hier in noch stärkerem Maße vor-

[75] So auch v. *Tuhr*, S. 113 Anm. 70 im Anschluß an die allgemeine Meinung.

handen als bei der Mittellosigkeit des unbeschränkt haftenden Schuldners. Denn diesem gegenüber kann im Falle eines von ihm später gemachten Erwerbs ein wirksamer Rechtszwang noch geübt werden, dem nur beschränkt haftenden Schuldner gegenüber bleibt dagegen der Anspruch des wegen völliger Erschöpfung des haftenden Sondervermögens abgewiesenen Gläubigers unter allen Umständen undurchsetzbar.

Die rechtliche Bedeutung eines einmal begründeten und materiell nicht aufgehobenen schuldrechtlichen Leistensollens beschränkt sich jedoch nicht auf das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, sondern zeigt sich wie bei unbeschränkter, so auch bei gegenständlich beschränkter schuldrechtlicher Haftung noch darin, daß die dem Schuldner gegenüber uneinbringliche Forderung bezw. Schuld die fortdauernde Grundlage für eine an sie angeknüpfte bürgschaftliche oder pfandrechtliche Haftung zu bilden vermag. Der wesentliche Zweck der genannten akzessorischen Haftungen besteht ja gerade darin, den Gläubiger für den Fall der Insolvenz des Hauptschuldners zu sichern. Für diesen Zweck ist es grundsätzlich gleichgiltig, ob der unbeschränkt haftende Schuldner insolvent oder ob das dem Gläubiger prinzipal haftende Sondervermögen endgültig erschöpft ist. Aus diesem Gesichtspunkte rechtfertigt sich daher auch die gesetzliche Entscheidung, daß sich weder der Bürge (§ 768 BGB.) noch der Eigentümer eines hypothekarisch oder pfandrechtlich haftenden Gegenstandes (§§ 1137, 1211) oder derjenige, dem gegenüber ein Recht aus einer Vormerkung begründet ist (§ 884 BGB.) auf die nur beschränkte Haftung desjenigen berufen kann, der den Schuldner beerbt hat.

Derselbe Gesichtspunkt macht sich übrigens unter Umständen auch bei der quantitativ beschränkten Haftung geltend. So ist insbesondere für das römische Recht nicht zu bezweifeln, daß Bürgen und Pfänder im Falle der Beerbung des Hauptschuldners durch einen Benefiziarerben nicht insoweit frei werden, als der Betrag der gesicherten Hauptschuld durch den Wert des

Nachlasses nicht gedeckt ist[76]. Gleiches muß auch für das heutige Recht dort gelten, wo sich die gegenständlich beschränkte Haftung des Erben tatsächlich in eine quantitativ beschränkte Haftung verwandelt; so wenn der Erbe noch vor der vollständigen Befriedigung der Nachlaßgläubiger den ganzen Nachlaß in sein Vermögen hinein verwendet hat. Die beschränkte Haftung des Erben gegenüber den noch unbefriedigten Nachlaßgläubigern gestaltet sich dann so, daß er ihnen zwar mit seinem ganzen Vermögen, aber nicht über den Wert hinaus haftet, der aus dem Nachlaß in sein Vermögen übergegangen ist.

Beachtlich ist aber noch folgendes. Obschon vorhin gesagt worden ist, daß die Erschöpfung des haftenden Sondervermögens zu einer Erlöschung der unbefriedigt gebliebenen Forderungen nicht führt, so darf doch nicht das Vorhandensein von Fällen verkannt werden, in denen aus dem Nichtgedecktsein eines Anspruchs, dessen Befriedigung aus dem Sondervermögen verlangt wird, der Schluß gezogen werden muß, daß der Anspruch überhaupt nicht oder doch in der nicht gedeckten Höhe nicht vorhanden ist. Steht zum Beispiel fest, daß der Nachlaß schon zur Zeit des Erbfalls durch Erblasserverbindlichkeiten überschuldet war, so ist zugleich auch sicher, daß es an einer wesentlichen Voraussetzung für die Entstehung von Pflichtteilsansprüchen fehlt[77] und daß der Nachlaß auch durch Vermächtnisse nicht belastet sein kann[78]. Es mag

---

[76] Vgl. übrigens auch l. 1 § 14 D. depos. 16, 3 und l. 95 § 1 i. f. D. de sol. 46, 3.

[77] Die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs hat zur notwendigen Voraussetzung, daß zur Zeit des Erbfalls ein aktiver Nachlaß vorhanden ist.

[78] Daß Vermächtnisnehmer aus einem schon seit dem Erbfall durch Erblasserschulden überschuldeten Nachlaß nichts zu bekommen haben, ist klar. Allein es kann unter Umständen wichtig werden, daß in solchem Falle eine den Nachlaß belastende Verbindlichkeit überhaupt nicht vorliegt. So insbesondere, wenn der Vermächtnisnehmer seinen vermeintlichen Anspruch dem Nachlaß gegenüber aufrechnen will; vgl. meine Ausführung bei Planck V[3] zu § 1992 Anm. 5, zustimmend Jaeger, KO.[3] §§ 226—229 Anm. 31. Daß der unbeschränkt haftende Erbe auch für ein Vermächtnis der bezeichneten Art zu haften hat, wie wenn bezüglich des-

ferner daran erinnert werden, daß im Falle eines Untervermächtnisses nicht nur die Haftung, sondern auch der Inhalt der Verpflichtung des Hauptvermächtnisnehmers durch den Wert des Gegenstandes des Hauptvermächtnisses eine Begrenzung erfährt. Die Haftung des Hauptvermächtnisnehmers ist so beschaffen, daß er für die den Gegenstand des Untervermächtnisses bildende Leistung zwar mit seinem ganzen Vermögen, aber doch nur nach Maßgabe des § 2187 BGB. haftet. Er darf hiernach die Leistung insoweit *verweigern*[79], als dasjenige, was er zufolge des Hauptvermächtnisses erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht und kann den Untervermächtnisnehmer sowohl dadurch abfinden, daß er ihm den Gegenstand des Hauptvermächtnisses zum Zwecke der Befriedigung zur Verfügung stellt, als auch in der Weise, daß er ihm den Wert jenes Gegenstandes leistet. Die praktische Bedeutung dieser Auffassung ist, daß sich auf die bezeichnete Beschränkung der Haftung, da sie zugleich zu einer Beschränkung des Inhalts der Verpflichtung des Hauptvermächtnisnehmers führt, auch ein *Bürge* oder der *Eigner eines für diese Verpflichtung haftenden Gegenstands* berufen kann, wogegen eine Berufung der genannten Personen auf die Insolvenz des für den bezeichneten Obligationsinhalt mit seinem ganzen Vermögen haftenden Hauptvermächtnisnehmers ausgeschlossen wäre.

Aber noch eine weitere Bemerkung drängt sich auf. Auch dort, wo die soeben hervorgehobenen Gesichtspunkte nicht zutreffen, muß der Frage näher getreten werden, ob mit Bezug auf einen gegenständlich beschränkt haftenden und sein Recht zur Haftungsbeschränkung entsprechend geltend machenden Schuldner von einer *Schuldpflicht* gegenüber dem unbefriedigt gebliebenen Gläubiger noch gesprochen werden kann. *Diese* Frage ist aus den schon

selben eine Nachlaßverbindlichkeit vorläge, ist eine an den Umstand, vermöge dessen die unbeschränkte Haftung eingetreten ist, besonders geknüpfte nachteilige Folge.

[79] Dieses Leistungsverweigerungsrecht ist so geartet, daß es nicht nur für das Maß der Haftung, sondern auch für den Inhalt der Verpflichtung von Bedeutung ist.

weiter oben angeführten Gründen insoweit zu bejahen, als der Fortdauer der Schuldpflicht praktische Bedeutung noch zukommen kann[80], was insbesondere nach folgenden Richtungen möglich ist: Der Anspruch aus einer solchen Schuldpflicht kann einredeweise geltend gemacht werden, er kann bei Vorhandensein der Aufrechnungslage aufgerechnet werden, und akzessorische Haftungen bleiben durch die Undurchsetzbarkeit des Anspruchs gegenüber dem Schuldner unberührt[81]. Zweifellos kann ferner bei Vorhandensein eines Feststellungsinteresses auf Feststellung geklagt werden.

In der jetzt noch zu besprechenden zweiten Gruppe von Fällen der gegenständlich beschränkten schuldrechtlichen Haftung ist dem Gläubiger eine gegen die Person des Schuldners sich richtende Leistungsklage versagt[82]. So gestaltet ist

[80] Die Auffassung derjenigen (vgl. oben S. 18 Anm. 38), welche in der Schuldpflicht ein Leistenmüssen des Schuldners erblicken, erweist sich hier offensichtlich als unhaltbar. Selbst die Annahme eines fortdauernden Leistensollens des Schuldners ist dort, wo der gläubigerische Anspruch diesem gegenüber im konkreten Falle vollständig undurchsetzbar ist, nicht ohne Schwierigkeit. Immerhin nimmt aber die Rechtsordnung bei der Entscheidung der Frage, ob akzessorische Haftungen fortdauern, ein fortdauerndes Leistensollen des Hauptschuldners noch als vorhanden an. Vgl. übrigens noch Anm. 81.

[81] Anders geartet ist der Fall des § 193 KO., wonach durch den Zwangsvergleich die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld und aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung nicht berührt werden. Während im Falle des Textes der Grund der Haftbarkeit des Sondervermögens noch fortbesteht, ist im Falle des § 193 KO. der Grund der Haftbarkeit des Vermögens des Gemeinschuldners derart weggefallen, daß dieses dem Gläubiger selbst dann nicht haftet, wenn sich die Vermögenslage des Schuldners späterhin noch so günstig gestaltet. Die am Schlusse von Anm. 80 aufgestellte Formel wird sich aber auch hier verwenden lassen. Siber, S. 22, 23 meint mit Bezug auf Fälle dieser Art sagen zu können, daß das „Bekommensollen" das „Leistensollen" überlebt. Hierdurch wird aber nicht ausgedrückt, daß das „Leistensollen" des Schuldners bezüglich der akzessorischen Haftungen nach dem Willen der Rechtsordnung als fortdauernd zu gelten hat.

[82] Vgl. zu diesen Fällen Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts I § 71.

die Haftung des Kommanditisten, der seine Einlage bereits eingezahlt hat. Er haftet den Gesellschaftsgläubigern nur mit seiner Einlage und ist Schuldner in dem Sinn, daß er deren Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zuzulassen hat. Die klagweise Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaftgläubiger auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgt aber nicht gegenüber dem Kommanditisten, sondern gegenüber den zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Gesellschaftern. Mit Rücksicht auf die Eigenart der Haftung und den eigenartigen Inhalt der Verpflichtung des Kommanditisten wird man nach endgiltiger Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens von Haftung und Schuld des Kommanditisten überhaupt nicht mehr reden können.

Auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts mögen folgende Fälle namhaft gemacht werden: Nach § 1975 haftet der nicht aus besonderem Grunde allen oder einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber schlechthin unbeschränkt haftende Erbe während der Dauer der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses nur mit dem Nachlaß und nach § 1984 bezw. KO. §§ 6, 214 ff. kann der gegen den Nachlaß sich richtende Anspruch während dieser Zeit nur gegen den Nachlaß- bezw. gegen den Nachlaßkonkursverwalter geltend gemacht werden[83]. Nach Aufhebung der amtlichen Nach-

[83] Bei v. Tuhr, S. 121 begegnet man der Behauptung, daß für den beschränkt haftenden Erben mit dem Zeitpunkt der amtlichen Nachlaßabsonderung jede Verpflichtung zur Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten erlösche, daß dagegen z. B. im Falle der Nachlaßverwaltung der Nachlaßverwalter zur Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten in dem Maße verpflichtet sei, in welchem ohne die Nachlaßverwaltung der Erbe dazu verpflichtet gewesen wäre. Dem kann nicht beigestimmt werden. Hat ein Nachlaßgläubiger z. B. die Leistung von 1000 oder die Leistung eines bestimmten Gegenstandes zu fordern, so bleibt der Erbe in Ansehung dieser Leistung Schuldner und wird keineswegs an Stelle des Erben der Nachlaßverwalter zum Schuldner dieser Leistung. Die eingetretene Veränderung besteht nur darin, daß der Erbe die von ihm geschuldete Leistung nicht selbst, sondern durch den ihn von der Verwaltung des Nachlasses ausschließenden Nachlaßverwalter zu erbringen hat, und daß der Gläubiger sein Verlangen auf Leistung nicht gegen die Person des Erben, sondern gegen den Nachlaßverwalter zu richten hat. Eine wichtige Folge der fort-

laßabsonderung ist der Erbe bezüglich dieser Ansprüche wieder passiv legitimiert, jedoch mit der Maßgabe, daß er seine Haftung in aller Regel auf den Nachlaß beschränken kann.

Eine eigenartige Gestaltung des Verhältnisses von Schuld und Haftung kann sich sodann bei der ehelichen Gütergemeinschaft ergeben[84]. Bemerkenswert ist insbesondere die infolge der Haftung des Gesamtguts für alle Verbindlichkeiten des Mannes eintretende Einwirkung auf die schuldrechtliche Stellung der Frau. Da das Gesamtgut ein den Ehegatten zur gesamten Hand zustehendes Sondergut bildet, so liegt in dessen Haftung notwendig zugleich eine beschränkte Haftung der Frau für die Verbindlichkeiten des Mannes[85]. Während der Dauer der Gütergemeinschaft kann jedoch ein aus dem Gesamtgut zu befriedigender Anspruch nur dem Manne gegenüber geltend gemacht werden[86]. Unzulässig wäre es, wenn man hieraus den Schluß ziehen wollte, daß die Frau im vorausgesetzten Falle zwar hafte, als Schuldnerin dagegen nicht in Betracht komme. Die rechtliche Lage der Frau

---

dauernden Schuldnerschaft des Erben ist es, daß er ein den Nachlaßverwalter hinsichtlich der von diesem vorzunehmenden Erfüllung treffendes Verschulden innerhalb der Schranken der gegenständlich beschränkten Haftung zu vertreten hat. Hierbei darf freilich nicht übersehen werden, daß auch der Nachlaßverwalter in einem Obligationsverhältnis steht und zwar nicht nur in einem solchen, vermöge dessen er dem Erben verantwortlich ist, sondern auch in einem solchen, zufolge dessen er den Nachlaßgläubigern gegenüber zu ordnungsmäßiger Verwaltung verpflichtet ist und wegen Außerachtlassung dieser Verpflichtung zu haften hat (BGB. § 1985 Abs. 2). Nach der bezeichneten Richtung unterscheidet sich die rechtliche Stellung eines Nachlaßverwalters sehr wesentlich von der eines, das Vermögen des Mündels verwaltenden Vormunds, der in einem besonderen Obligationsverhältnis zu den Gläubigern des Mündels nicht steht. Unzutreffend ist es jedoch, wenn neben diesem bei Vorhandensein eines Nachlaßverwalters bestehenden Obligationsverhältnis, aus dem der Nachlaßverwalter den geschädigten Nachlaßgläubigern persönlich haftet, eine Schuldpflicht des Erben überhaupt nicht mehr anerkannt wird.

[84] Vgl. hierzu BGB. §§ 1459 ff.

[85] Dazu Hellwig a. a. O. S. 170.

[86] Hellwig, S. 170 hält allerdings eine „auf Duldung der Zwangsvollstreckung" in das Gesamtgut gerichtete Klage gegen die Frau nicht nur für zulässig, sondern sogar für nützlich.

gegenüber den bezeichneten Ansprüchen ist im wesentlichen keine andere, als die des beschränkt haftenden Erben gegenüber den gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüchen der Nachlaßgläubiger während der Dauer der amtlichen Nachlaßabsonderung. Und wenn man nicht nur berechtigt, sondern geradezu bemüßigt ist, den Erben ungeachtet des Ausschlusses einer gegen ihn persönlich sich richtenden Rechtsverfolgung als Schuldner anzusprechen, so wird man der Frau auch in unserem Falle die Stellung einer Schuldnerin zuerkennen müssen. Durch die eigentümliche Gestaltung der Haftung wird freilich in beiden Fällen auch der Inhalt der Schuldpflicht beeinflußt. Denn dieser beschränkt sich für die angegebene Zeit auf die Zulassung der Befriedigung des Gläubigers aus dem abgesonderten Nachlaß bezw. aus dem unter der Verwaltung des Mannes stehenden Gesamtgut.

Daß sich hinter der Haftung des Gesamtguts für alle Verbindlichkeiten des Mannes auch eine *Schuld der Frau* verbirgt, tritt zu Tage, sobald die Gütergemeinschaft aufgelöst wird, und wird besonders deutlich, wenn es zur Auseinandersetzung des Gesamtguts kommt, noch bevor alle Gesamtgutsverbindlichkeiten getilgt sind. Denn im *ersten* Falle steht die Verwaltung des Gesamtguts bis zur Auseinandersetzung beiden Ehegatten gemeinschaftlich zu und sind daher auch die aus dem Gesamtgut zu befriedigenden Ansprüche gegenüber *beiden* Ehegatten zu verfolgen. (§ 1472). Eine Verurteilung der Frau bezüglich einer Schuld, für die das Gesamtgut nur deshalb haftet, weil sie in der Person des Mannes entstanden ist, kann aber doch nur in der Weise erfolgen, daß jene, soweit an ihr liegt, für die Befriedigung des Gläubigers aus dem Gesamtgut aufzukommen habe.

Im *zweiten* Falle kann die Frau bezüglich einer vor der Auseinandersetzung nicht berichtigten Gesamtgutsverbindlichkeit persönlich auf Leistung verklagt werden. Das Gesetz bestimmt in dieser Beziehung:

§ 1480. Wird eine Gesamtgutsverbindlichkeit nicht vor der Teilung des Gesamtguts berichtigt, so haftet dem Gläubiger

auch der Ehegatte persönlich als Gesamtschuldner, für den zur Zeit der Teilung eine solche Haftung nicht besteht. Seine Haftung beschränkt sich auf die ihm zugeteilten Gegenstände; die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 finden entsprechende Anwendung.

Zwei Dinge sind dabei bemerkenswert: Einmal, daß das Gesetz den Ausdruck persönlich haften nicht nur bei der unbeschränkten, sondern auch bei der beschränkten Haftung verwendet, bei dieser aber doch nur dann, wenn der Anspruch des Gläubigers durch eine gegen die Person des beschränkt haftenden Schuldners sich richtende Klage verfolgbar ist. Sodann, daß der Begriff der schuldrechtlichen Haftung mit dem der persönlichen Haftung nicht zusammenfällt; jener ist vielmehr weiter als dieser. Denn es hat sich gezeigt, daß es Fälle beschränkter schuldrechtlicher Haftung gibt, in denen der Gläubiger gegen denjenigen, der sein Schuldner ist oder der ihm neben einem anderen schuldet, nicht auf Leistung klagen kann und sein Recht auf Befriedigung aus dem dem Schuldner allein gehörenden oder doch mitgehörenden Sondervermögen nur gegen den zur Verwaltung dieses Vermögens Berufenen — der dem Gläubiger im Falle der ehelichen Gütergemeinschaft übrigens zugleich auch als persönlicher Schuldner gegenübersteht — durchzuführen vermag. Von der rein gegenständlichen Haftung unterscheidet sich diese beschränkte schuldrechtliche — aber unpersönliche — Haftung dadurch, daß der Gläubiger kein Recht an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen hat, sowie dadurch, daß dem Gläubiger von dem zur Verwaltung des Sondervermögens Berufenen grundsätzlich für eine seinem Interesse entsprechende Verwaltung gehaftet wird[87]. Bezüglich des Gesamtguts bei der ehelichen Gütergemeinschaft kommt eine solche besondere Haftung des Verwalters allerdings

[87] Hierbei kann je nach Umständen eine persönliche Haftung des Schuldners selbst oder auch gewisser an Stelle des Schuldners zur Verwaltung des Sondervermögens berufener Personen in Frage kommen; vgl. S. 33 Anm. 66 und S. 43 Anm. 83.

für die Zeit nicht in Frage, während welcher die Verwaltung des Gesamtguts lediglich vom Ehemann geführt wird; denn dieser haftet für alle Verbindlichkeiten des Gesamtgutes ohnehin unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen.

Zweiter Abschnitt.

Nachfolge in die Schuldpflicht.

I.

Auf Grund der vorangegangenen Erörterungen kann jetzt der Frage der Schuldnachfolge näher getreten werden. Hierbei handelt es sich nicht darum, ob es überhaupt möglich und juristisch konstruierbar sei, daß ein Gläubiger an Stelle seines bisherigen Schuldners einen neuen Schuldner erhalte. Diese Möglichkeit steht vielmehr fest, und was tatsächlich ist, muß auch juristisch begriffen werden können. Der Gegenstand der Frage kann vielmehr nur sein, ob und inwieweit die Vorgänge, welche einen Wechsel in der Person des Schuldners in die Erscheinung treten lassen, den bei der Nachfolge in das Forderungsrecht des Gläubigers sich abspielenden Vorgängen gleichartig sind.

Nach allen entwickelten Rechten erlöschen Forderungsrechte grundsätzlich — d. h. abgesehen von aus besonderen Gründen sich erklärenden Ausnahmefällen — durch den Tod des ursprünglichen Gläubigers nicht, sondern gehen auf dessen Erben über. In langsam, aber sicher fortschreitender Entwicklung hat sich sodann auch die schon im gemeinen Recht anerkannte und von allen modernen Gesetzgebungen festgehaltene Sondernachfolge in Forderungsrechte durchgesetzt.

Wie im Falle der Gesamtnachfolge ist das Forderungsrecht des neuen Gläubigers auch im Falle der Sondernachfolge insofern mit dem des bisherigen Gläubigers identisch, als nicht nur der Inhalt des schuldnerischen Leistensollens, sondern auch die Gestaltung der Haftung durch den Wechsel in der Person des

Gläubigers völlig unberührt bleibt[1]. Ein Unterschied zwischen dem auf Gesamtnachfolge und dem auf Einzelnachfolge beruhenden Übergang eines Forderungsrechts auf einen neuen Gläubiger besteht freilich darin, daß dieser im ersten Falle auch in das zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Schuldner bestehende Kausalverhältnis eintritt, im zweiten Falle dagegen nicht[2]. Aber auch im Falle der Einzelnachfolge bleibt wahr, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger nicht aus einer neuen causa schuldet und haftet, sondern kraft desselben Schuld- und Haftungsgrundes, aus dem er dem bisherigen Gläubiger schuldete und haftete.

Ungleich stärker als das Forderungsrecht mit der Person des ursprünglichen Gläubigers ist die Schuldpflicht und die mit ihr gegebene schuldrechtliche Haftung mit der Person des ursprünglichen Schuldners verknüpft. Dies zeigt sich zunächst schon darin, daß diejenigen Fälle sehr viel häufiger sind, in denen schon der Inhalt des schuldnerischen Leistensollens mit einem Wechsel in der Person des Schuldners unverträglich ist, als in welchen dasselbe für einen Wechsel in der Person des Gläubigers zutrifft. Ein Eingehen hierauf erübrigt sich jedoch schon deswegen, weil man allgemein darüber einig ist, daß in Fällen solcher Art von einer Schuldnachfolge keine Rede sein kann.

Scheidet man die genannten Fälle aus, so drängt sich aber noch immer folgende Erwägung auf. Eine Nachfolge in das Forderungsrecht hat sich uns überall dort als möglich erwiesen, wo die Schuldpflicht d. h. das auf schuldrechtlicher Haftung beruhende Leistensollen des Schuldners durch den Wechsel in der Person des Gläubigers im wesentlichen unberührt bleibt. Dementsprechend muß gesagt werden, daß eine Nachfolge in die Schuldpflicht nur insoweit möglich ist, als die Rechtsstellung des Gläubigers

[1] So auch v. Gierke, Schuldnachfolge und Haftung, S. 58/59 Anm. 6 a. E.

[2] Richtig Knoke a. a. O. S. 456; vgl. auch die weitere Ausführung auf S. 140 f. dieser Abhandlung.

durch den Wechsel in der Person des Schuldners keine als erheblich zu erachtende Veränderung erfährt. Worin besteht aber das Wesen dieser Rechtsstellung?

Unrichtig würde es sein, wenn man es lediglich in dem Inhalt der geschuldeten Leistung erblicken und demgemäß behaupten wollte, daß die Rechtsstellung des Gläubigers, ungeachtet eines Wechsels in der Person des Schuldners im wesentlichen unverändert bleibe, wenn das vom neuen Schuldner Geschuldete sich inhaltlich mit dem deckt, was der bisherige Schuldner schuldete. Denn so bedeutsam der Inhalt der geschuldeten Leistung für die Abschätzung des dem Gläubiger zukommenden Rechtes auch ist, so erlangt er doch das Recht auf sie erst dadurch, daß ihm für ihre Bewirkung von jemandem (dem Schuldner) gehaftet wird[3]. Beruht aber die Rechtsstellung des Gläubigers wesentlich auf der schuldrechtlichen Haftung desjenigen, der ihm bei Begründung des Schuldverhältnisses als Schuldner gegenübersteht, so ist ihr Fortbestand mit einem Wechsel in der Person des Schuldners nur verträglich, wenn und soweit dem Gläubiger durch diesen Wechsel von der ihm vermöge des Schuldgrundes zukommenden haftungsrechtlichen Anwartschaft nicht Wesentliches verloren geht. Die Möglichkeit für das Zutreffen dieser Voraussetzung ist offenbar überall dort gegeben, wo die schuldrechtliche Haftung sich praktisch in der Vermögenshaftung des Schuldners erschöpft[4].

---

[3] Vgl. auch Brinz, Pandekten [2] II §§ 208, 214—216; v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I § 11, II S. 85; P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 207, 219, 234; v. Tuhr, S. 258, der, indem er hier ausführt, daß bei den sogenannten Naturalobligationen ein gläubigerischer Anspruch, ein Recht, die Leistung zu verlangen, fehlt, zugleich anerkennt, daß ein solches Recht, weil auf der Haftung beruhend, das Vorhandensein einer solchen zur unumgänglichen Voraussetzung hat. S. auch noch v. Mayr, Römische Rechtsgeschichte II 2 S. 7.

[4] Aus der im Texte hervorgehobenen Erscheinung ergibt sich zugleich die Erklärung für die Möglichkeit des Bestehens von Schuldpflichten zwischen dem Hauptvermögen einer Person und einem derselben Person gehörenden Sondervermögen (vgl. dazu v. Tuhr, S. 340 ff.). Sie müßte ausgeschlossen sein, wenn man sich die Schuldpflicht als etwas für sich Bestehendes, von der Haftung völlig Unbbhängiges zu denken hätte.

Da das dem Gläubiger kraft des ursprünglichen Schuld- und Haftungsgrundes haftende Vermögen des Schuldners die Person des Schuldners zu überdauern vermag, braucht der Wegfall des bisherigen Schuldners nicht zur Erlöschung der Haftung und der auf ihr beruhenden Schuldpflicht zu führen. Das durch die Vermögenshaftung des bisherigen Schuldners getragene Leistensollen kann vielmehr als Schuld desjenigen, auf welchen das Vermögen des weggefallenen Schuldners übergegangen ist, fortbestehen, ohne daß der Gläubiger dadurch eine Einbuße an seiner bisherigen haftungsrechtlichen Anwartschaft erleidet. Ja noch mehr: die Nachfolge des Erwerbers des einem weggefallenen Schuldner gehörenden Vermögens in die Schuldpflicht ist nicht nur ohne jede Beeinträchtigung des gläubigerischen Rechtes möglich, sondern sie ist zur Wahrung und Erhaltung der für den Gläubiger gegenüber dem ursprünglichen Schuldner erworbenen Rechtsstellung geradezu geboten[5].

II.

In allen Rechten finden wir daher schon frühzeitig die erbrechtliche Schuldnachfolge entwickelt. Auf den Erben gehen mit dem vererblichen Aktivvermögen des Erblassers auch dessen nicht unvererbliche Schulden als Nachlaßlast über. Der rechtliche Zusammenhang zwischen Schuld und Haftung wird dadurch deutlich anerkannt. Die causa, vermöge deren der Erblasser Schuldner und dessen Vermögen den Gläubigern haftbar wurde, wirkt auch nach dem Tode des Erblassers fort. Das vom Erblasser hinterlassene Vermögen ist ungeachtet des Wechsels in der Person des Vermögensinhabers dem Zugriff der Erblassergläubiger nicht minder unterworfen, als es dies war, solange der Erblasser noch lebte, und indem der Erbe Herr dieses Vermögens wird, tritt er zugleich als ein mit ihm für die Erblasserschulden Haftender an Stelle des Erblassers als Schuldner ein. Die rechtliche Natur des Vorgangs prägt sich am reinsten aus, wenn man

[5] Dazu Saleilles in der Festschrift für Gierke, S. 1015 ff., besonders S. 1018, 1023, 1028.

die Fälle in Betracht zieht, daß die Annahme der Erbschaft noch aussteht[6] oder, wo es, obschon die Annahme der Erbschaft bereits entschieden ist, nach Maßgabe des § 1975 BGB. zur amtlichen Nachlaßabsonderung gekommen ist. Den Nachlaßgläubigern haftet hier — soweit nicht die zunächst außer Betracht bleibende Bestimmung des § 2013 eingreift — bekanntlich nur der Nachlaß.

Wenn O. v. Gierke[7] geltend macht, daß ja doch auch in den eben genannten Fällen eine wesentliche Veränderung der Haftung schon insofern vorliege, als an die Stelle der unbeschränkten Haftung des Erblassers die beschränkte Haftung des Erben getreten sei, so ist dies nichts weiter als ein Spiel mit Worten, das sachlicher Beurteilung nicht stand hält. Vom Standpunkte dieser ist vielmehr zu sagen: Haftete der Erblasser in Ansehung einer bestimmten Verbindlichkeit nur beschränkt (also nur mit einem, einen Bestandteil seines Vermögens bildenden Sondervermögen), so wird an dieser Haftung durch den Tod des bisherigen Schuldners nichts geändert. Der beschränkten Haftung des Erblassers entspricht vielmehr die beschränkte Haftung seines Nachlasses. Wo dagegen der Erblasser — wie in den Regelfällen — unbeschränkt haftete, haftet auch dessen Nachlaß unbeschränkt. Wenn das Gesetz trotzdem von einer beschränkten Haftung desjenigen, welchem der Nachlaß angefallen ist und nunmehr gehört, d. i. des Erben, redet, so spricht es damit nur aus, daß hierbei ungeachtet des Wechsels in der Person des Schuldners eine grundsätzliche Veränderung der Haftung nicht eintritt. Der Erbe ist in den Fällen der von Rechts wegen beschränkten Haftung zwar an Stelle des Erblassers Schuldner geworden, aber er haftet für die Verbindlichkeiten des Erblassers lediglich in seiner Eigenschaft als Herr des ererbten Vermögens und somit nicht mit seinem Eigenvermögen.

Daß in Beerbungsfällen rücksichtlich der bisherigen Erblasserschulden eine Änderung der Haftung eintreten kann, ist freilich

[6] Im Sinne des BGB. ist trotzdem ein Erbe bereits vorhanden, es ist nur ungewiß, wer sich als endgültiger Erbe herausstellen wird (§ 1953).

[7] Schuldnachfolge und Haftung, S. 45.

nicht zu bezweifeln. Unser Recht kennt nicht nur einen beschränkt, sondern auch einen schlechthin unbeschränkt haftenden Erben. Wo und soweit der Erbe in dieser Weise haftet, tritt zu dessen Haftung mit dem Nachlaß noch die Haftung mit dem Eigenvermögen hinzu. Völlig sicher ist aber zugleich, daß die hierin gelegene Erweiterung der Haftung nicht eine notwendige Folge des Sukzessionsvorganges ist[8]; denn wäre sie dies, so könnte sie bei der erbrechtlichen Schuldsukzession niemals fehlen und müßte eine von Rechts wegen auf den Nachlaß sich beschränkende Haftung des Erben ausgeschlossen sein. Zum Wesen der erbrechtlichen Schuldsukzession gehört also nur die Haftung des Erben mit dem Nachlaß; unter besonderen Voraussetzungen kann jedoch zu dieser Haftung die Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen akzessorisch hinzutreten[9].

Selbst wenn man aber von der, sei es in Ansehung aller, sei es in Ansehung einzelner Nachlaßverbindlichkeiten, möglicherweise eintretenden schlechthin unbeschränkten Haftung des Erben völlig absieht, so kann sich das Zugriffsrecht der Nachlaßgläubiger dem Erben gegenüber immerhin etwas anders gestalten, als es vor dem Erbgang beschaffen war. Es mag insbesondere auf folgende Gestaltung hingewiesen werden. Im Falle der Erbenmehrheit ist nach der Teilung des Nachlasses unter die Miterben hinsichtlich des Nachlasses zwar noch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses (KO. 216, Abs. 2), nicht aber die Anordnung der Nachlaßverwaltung zulässig (§ 2062 BGB.). Bei Solvenz des Nachlasses und unter der weiteren Voraussetzung, daß auf Seiten des von einem Nachlaßgläubiger in Anspruch genommenen Miterben auch den Anforderungen (vgl. §§ 1973, 1974, 1990—1992)

---

[8] Bezüglich des römischen Rechts vgl. Saleilles a. a. O., ferner Mitteis, Römisches Privatrecht I, S. 97. Bezüglich des griechischen Rechts vgl. Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht I, S. 232 ff. In betreff des germanischen Rechts Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts I, S. 570 ff., v. Gierke, Schuld und Haftung, S. 90 ff. und Schuldnachfolge und Haftung, S. 45.

[9] Siehe hierüber noch weiter unten S. 116 ff.

nicht entsprochen ist, vermöge deren er eine gegenständliche Beschränkung seiner Haftung herbeiführen könnte, steht dem Nachlaßgläubiger behufs Befriedigung seiner Forderung der Zugriff auf Gegenstände offen, die der Miterbe nicht aus dem Nachlaß erlangt hat, sondern die zu dessen Eigenvermögen gehören. Diese Behandlung beruht auf der nahe liegenden und sachlich gerechtfertigten Erwägung, daß dem Gläubiger eine Beschränkung seines Zugriffs auf die Nachlaßgegenstände nicht mehr zugemutet werden kann, nachdem der in Anspruch genommene Miterbe bezüglich einer vorzunehmenden Absonderung seines Eigenvermögens von den ihm zugewiesenen Nachlaßgegenständen seine völlige Gleichgültigkeit bekundet und ihre praktische Durchführung sogar unmöglich gemacht hat.

Ähnlich wie in dem soeben genannten Falle verhält es sich aber auch, wenn der Allein- oder Teilerbe von der Möglichkeit, den Zugriff der Nachlaßgläubiger auf die Nachlaßgegenstände zu beschränken, obschon sie ihm noch offen steht, nicht Gebrauch machen will. Diesem Willen des Erben, demzufolge das von ihm ererbte Vermögen in seinem Eigenvermögen aufgehen soll, entsprechend muß sich daher auch der Zugriff der Nachlaßgläubiger unterschiedslos auf das gesamte Vermögen des Erben richten können.

Auf weitere Einzelheiten braucht an dieser Stelle noch nicht eingegangen zu werden. Uns genügt hier folgende Feststellung: Der Erbe haftet den Erblassergläubigern jedenfalls mit dem Nachlaß (ausnahmsweise nur mit einem zum Nachlaß gehörenden Sondervermögen). Wie jeder einzelne der Gläubiger ein Recht darauf hat, daß ihm die bezeichnete Haftung unverkümmert erhalten bleibe, so ist auch der Erbe mit der Befugnis ausgerüstet, eine über jenes Maß hinausgehende Haftung auszuschließen. Eine Abweichung nach der Richtung, daß ein Nachlaßgläubiger noch günstiger gestellt wird, als ihm hierdurch gewährleistet ist, ist möglich; das Wesen der erbrechtlichen Schuldnachfolge wird hierdurch jedoch nicht berührt.

Nach den für die mit dem Tode des Erblassers einsetzende

gewöhnliche Erbfolge maßgebenden Grundsätzen ist die Schuldsukzession auch im Falle der Nacherbfolge zu beurteilen. Nur ist zu beachten, daß die Schulden, in welche der Nacherbe sukzediert, nicht durchaus mit denjenigen Schulden zusammenfallen, in welche der Vorerbe als successor eingetreten war. Denn einerseits können gar manche der auf den Vorerben vererbten Schulden schon während der Dauer der Vorerbschaft erloschen sein, und andrerseits können in der Person des Vorerben Nachlaßverbindlichkeiten erst entstanden sein, die mit dem Eintritt der Nacherbfolge auf den Nacherben übergehen.

Wie beim Erbgang tritt uns eine Schuldsukzession auch entgegen bei dem nach erbrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Übergang des Vermögens einer erloschenen juristischen Person auf den Fiskus (BGB. §§ 46, 88).

III.

Fälle der Gesamtnachfolge und damit zugleich der Schuldsukzession sind ferner gegeben bei der sogenannten Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft sowie bei der Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, sofern vereinbart ist, daß die Liquidation unterbleiben soll (§§ 304—306 HGB.). Hier und dort knüpft sich an den Vermögensübergang die Haftung des übernehmenden Staates, der übernehmenden Gemeinde bezw. der übernehmenden Aktiengesellschaft (oder Kommanditgesellschaft auf Aktien) für die Verbindlichkeiten derjenigen Aktiengesellschaft, deren Vermögen übergeht. Der Unterschied zwischen beiden Fällen ist nur der, daß das Vermögen der erlöschenden Gesellschaft bei der sogenannten Fusion durch die in den §§ 306, 307 HGB. bestimmte Zeit getrennt zu verwalten ist, und die Gläubiger der erlöschenden Gesellschaft somit bis zur Vereinigung der Vermögen beider Gesellschaften so gesichert sind, wie im Falle der Liquidation, während im Falle der Verstaatlichung eine getrennte Verwaltung des Vermögens der verstaatlichten Gesellschaft nicht

stattfindet, dafür aber die zur Verstaatlichung schreitende juristische Person des öffentlichen Rechts für die Verbindlichkeiten der erloschenen Gesellschaft unbeschränkt haftet.

IV.

Eine eigenartige Vermögensnachfolge vollzieht sich bei der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Ehegatten. Nach § 1438 schließt sich hierbei das Vermögen beider Gatten zufolge des Ehevertrags zu einem Gesamtgut zusammen, in das auch das von dem Manne oder von der Frau während der Ehe erworbene Vermögen fällt. Da weder den bisherigen Gläubigern des Mannes, noch denen der Frau die Anwartschaft auf Befriedigung aus dem Vermögen ihres Schuldners durch die Vereinbarung der Gütergemeinschaft entzogen werden soll[9a], so haftet ihnen nunmehr das aus dem Zusammenschluß beider Vermögen entstandene Gesamtgut unbeschadet der Forthaftung jedes Ehegatten mit seinem sonstigen Vermögen für die in seiner Person entstandenen Verbindlichkeiten[10]. Die Haftung des Gesamtgutes tritt also hier nicht an Stelle der Haftung der bisher haftenden Ehegatten sondern nur zu dieser Haftung noch hinzu. Hinsichtlich derjenigen Verbindlichkeiten der Frau, für welche das Gesamtgut haftet, läßt das Gesetz überdies noch eine persönliche Haftung des Mannes eintreten.

V.

Verschieden von den bisher betrachteten Erscheinungen ist der Fall der Vermögensübernahme nach § 419 BGB. und der des Erbschaftskaufs. Der Vermögensübernehmer tritt nicht durch

---

[9a] Vgl. hierzu die für das eheliche Güterrecht maßgebenden grundsätzlichen Bestimmungen des Schweizer ZGB. in Art. 179, Abs. 3 („Ein nach Eingehung der Ehe abgeschlossener Ehevertrag darf die bisherige Haftung des Vermögens nicht beeinträchtigen") und Art. 188, Abs. 1 („Durch güterrechtliche Auseinandersetzungen oder durch Wechsel des Güterstandes kann ein Vermögen, aus dem bis dahin die Gläubiger eines Ehegatten oder der Gemeinschaft Befriedigung verlangen konnten, dieser Haftung nicht entzogen werden").

[10] Dazu BGB. §§ 1459 ff.

einen Akt in die Rechte des bisherigen Vermögensinhabers ein, sondern erwirbt die zum Vermögen gehörenden Gegenstände nur auf Grund der Vornahme der zu ihrer Einzelübertragung erforderlichen Übertragungsgeschäfte. Ebenso verhält es sich, wenn ein Alleinerbe die Erbschaft, oder wenn ein Teilerbe nach der Auseinandersetzung die ihm bei dieser auf seinen Erbteil zugewiesenen Gegenstände (im ganzen) veräußert. Anders nur im Falle der durch einen Teilerben erfolgenden Veräußerung des Anteils am noch ungeteilten Nachlaß; denn hier erfolgt der Erwerb allerdings einheitlich nach Maßgabe des § 2032 BGB.

Allen genannten Fällen[11] ist aber gemeinsam, daß der Erwerber unbeschadet der fortdauernden (je nach den Umständen verschieden beschaffenen) Haftung des Veräußerers auch für die auf dem veräußerten Vermögen, der veräußerten Erbschaft lastenden Verbindlichkeiten haftet und zwar schon von dem auf die Veräußerung gerichteten schuldrechtlichen Vertrage ab[12]. Die Art der Haftung ergibt sich aus dem § 419 bezw. den §§ 2382, 2383, 2385 BGB.

Im Anschluß hieran mag noch kurz auf den Fall hingewiesen werden, daß in einen nicht rechtsfähigen Verein, für dessen Verbindlichkeiten nach Maßgabe der Satzungen nur das Vereinsvermögen haften soll[13], satzungsgemäß ein neues Mitglied eintritt. Es unterliegt keinem Zweifel und ist auch allgemein anerkannt, daß sich an diesen Eintritt von Rechts wegen der Erwerb eines entsprechenden Anteils am Vereinsvermögen (um den sich die Anteile der übrigen Mitglieder mindern) und damit zugleich die Haftung mit dem erworbenen Anteil für die Vereinsverbindlichkeiten knüpft.

---

[11] Nach § 419 ist in Ansehung der Schuldenhaftung grundsätzlich auch der Fall zu beurteilen, wo auf einen rechtsfähig gewordenen Verein das mit Schulden belastete Vermögen des bisher nicht rechtsfähig gewesenen Vereins übergeht.

[12] Solange und soweit die Übertragung der zum Vermögen gehörenden Gegenstände noch nicht erfolgt ist, wird das Womit der Haftung des Erwerbers durch die diesem gegen den Veräußerer zustehenden Ansprüche gebildet (§ 419 Abs. 2).

[13] Hierzu Knoke in Plancks Komm. I[4], S. 122 f. und die daselbst Zitierten.

VI.

1. Unterzieht man die Gestaltungen, bei welchen hiernach eine Schuldsukzession anzunehmen ist, einer zusammenfassenden Betrachtung, so zeigt sich, daß diese Sukzession überall durch den Übergang des dem Gläubiger haftenden Vermögens des ursprünglichen Schuldners auf den neuen Erwerber vermittelt wird[14]. In den Fällen der normalen erbrechtlichen und der handelsrechtlichen Universalsukzession, sowie in dem Falle der Universalsukzession des Fiskus in das Vermögen einer erloschenen juristischen Person, fällt der bisherige Schuldner völlig weg und erhalten dessen Gläubiger nunmehr den neuen Vermögensherrn zum Schuldner, ohne dadurch in ihrer haftungsrechtlichen Stellung nachteilig berührt zu werden. Daß eine Verschlechterung dieser Stellung auch im Falle der Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft nicht in Frage kommt, braucht kaum noch besonders hervorgehoben zu werden. Ein Recht auf getrennte Verwaltung des Vermögens

[14] Nicht hierher gehört der Fall des § 25 HGB., wonach, wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, für alle im Betrieb des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet. Diese Bestimmung — und das Gleiche gilt auch für Abs. 3 von § 25 — hat eine Vermögensübertragung im Sinne des § 419 BGB. nicht zur Voraussetzung, beruht auf einem ganz anderen Gedanken und hat auch einen ganz anderen Inhalt und Charakter. Insofern daher unzutreffend v. Gierke, Schuldnachfolge und Haftung, S. 47 bei Anm. 4 und Knoke in Iherings J. 60, S. 419, die hier von einer Schuldsukzession kraft Vermögensnachfolge reden wollen. Obschon im bezeichneten Falle eine Schuldsukzession zu leugnen ist, so haben die Gläubiger des früheren Geschäftsinhabers in Ansehung der Forderungen, für die der neue Geschäftsinhaber haftet, in dessen Konkurse doch dieselben Konkursprivilegien, die sie mit Rücksicht auf die Beschaffenheit ihrer Forderungen im Konkurse des früheren Inhabers haben würden. Der Grund dafür ist, daß die bezüglichen Forderungen als Ansprüche aus einem einheitlichen Geschäftsbetriebe anzusehen sind, ohne Rücksicht darauf, daß in der Person des Inhabers ein Wechsel stattgefunden hat. Ein verwandter Fall ist gegeben, wenn der frühere Inhaber des Handelsgeschäftes nach § 15 HGB. für vom neuen Inhaber des Handelsgewerbes eingegangene Verbindlichkeiten so haftet, wie wenn er Inhaber des Handelsgeschäftes noch geblieben wäre. Trotzdem wird es niemandem einfallen zu sagen, daß der frühere Inhaber in Ansehung der ihn unter der bezeichneten Voraussetzung treffenden Verbindlichkeiten Sukzessor des späteren Inhabers sei.

ihres bisherigen Schuldners haben die Gläubiger hier allerdings nicht. Sie bedürfen dieses Rechtes aber auch gar nicht, denn es gereicht ihnen lediglich zum Vorteil, daß ihnen statt des durch eine bestimmte Zeit abgesondert zu verwaltenden Vermögens der aufgelösten Gesellschaft sofort und unterschiedslos das ganze Vermögen des zur Verstaatlichung schreitenden Gemeinwesens haftet, dessen integrierender Bestandteil jenes Vermögen geworden ist.

2. In den übrigen früher genannten Fällen der Schuldsukzession tritt ein gänzlicher Wegfall des bisherigen Schuldners nicht ein. Obschon dem Nacherben mit dem Falle der Nacherbfolge die Erbschaft anfällt und er damit zugleich in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten Schuldner wird, so haftet doch der Vorerbe nach dem Zeitpunkt der Nacherbfolge für die Nachlaßverbindlichkeiten noch insoweit, als der Nacherbe für sie nicht haftet und bleibt er daher auch insoweit noch Schuldner (BGB. 2145). Die praktische Bedeutung hiervon zeigt sich insbesondere darin, daß dem Vorerben die zu dessen Nachteil bereits eingetretene schlechthin unbeschränkte Haftung durch den Nacherben nicht abgenommen wird [15], ferner darin, daß der Vorerbe für die Nachlaßverbindlichkeiten jedenfalls noch insoweit haftet, als ihm ungeachtet des Eintrittes der Nacherbfolge noch etwas vom Nachlaß verbleibt.

Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Ehegatten bleibt derjenige Ehegatte, welcher einem Gläubiger bisher persönlich haftete, diesem auch nach dem Eintritt der Gütergemeinschaft mit seinem ganzen Vermögen, also auch mit seinem Vorbehaltsvermögen haftbar, und bei der nach Maßgabe des § 419 BGB. erfolgenden Vermögensübernahme bleibt die Haftung des Veräußerers mit den bei ihm zurückbleibenden Gegenständen und mit seinem neuen Erwerbe durch die Haftung des Erwerbers unberührt. Wie in diesen Fällen verhält es sich beim Erbschaftskauf. Denn die

[15] Vgl. hierzu und zum folgenden meine Ausführungen bei Planck V³, Erläuterungen zu § 2145.

Haftung des Erbschaftskäufers tritt nur unbeschadet der fortdauernden Haftung des Erbschaftsverkäufers ein, die je nach den Umständen wieder verschieden gestaltet sein kann. Auch beim Eintritt eines neuen Mitgliedes in einen nicht rechtsfähigen Verein haften die im Verein verbleibenden Mitglieder mit den ihnen noch zukommenden Anteilen am Vereinsvermögen für die Vereinsverbindlichkeiten fort.

Mit dem oben unter I entwickelten Grundgedanken der Schuldsukzession stehen die hier beschriebenen Gestaltungen, bei denen der bisherige Schuldner, obschon er in der Person eines neuen Schuldners einen successor erhält, doch noch immer Schuldner bleibt, nicht in Widerspruch. Auch in diesen Fällen bewährt sich die Schuld im Sinne von Schuldpflicht als ein auf schuldrechtlicher Haftung beruhendes Leistensollen und auch bei ihnen tritt die Schuldsukzession zur Wahrung des Rechtes der Gläubiger ein; denn ohne sie würde den Gläubigern die haftungsrechtliche Anwartschaft in Ansehung des dem bisherigen Schuldner gehörig gewesenen und nun einem neuen Erwerber zu Alleinrecht zukommenden oder zur gesamten Hand mitgehörenden Vermögenskomplexes einfach entzogen werden. Demgemäß geht die Schuldpflicht des bisherigen Vermögensinhabers auf den neuen Erwerber des Vermögenskomplexes insoweit über, als dies im Interesse der vorhandenen Gläubiger geboten ist. Wie die Schuldpflicht des neuen Erwerbers auf der Forthaftung des von ihm erworbenen Vermögenskomplexes beruht, so erklärt sich die fortdauernde Schuldpflicht des früheren Inhabers dieses Vermögenskomplexes daraus, daß dem Gläubiger die ihm bisher zukommende haftungsrechtliche Anwartschaft jedenfalls insoweit erhalten bleiben muß, als sie sich auf dasjenige Vermögen des früheren Inhabers erstreckt, welches dieser behält oder noch erhält.

3. Mit wenigen Worten soll noch die Frage berührt werden, wie die Gläubiger hinsichtlich der Haftung des Nachfolgers mit dem auf ihn übergegangenen Vermögen praktisch gestellt sind.

Im Falle des Eintrittes eines neuen Mitgliedes in einen nicht rechtsfähigen Verein ändert sich unter der weiter oben angegebenen Voraussetzung an der haftungsrechtlichen Stellung des Gläubigers nicht das geringste[16]. Auch bei der Nacherbfolge und beim Erbschaftskauf gilt hinsichtlich der Haftung des auf den Nacherben, den Erbschaftskäufer übergegangenen Nachlasses ganz dasselbe wie vor dem Eintritt der Nacherbfolge, vor dem Erbschaftskauf; nur darauf, daß der Nacherbe, der Erbschaftskäufer den Nachlaßgläubigern möglicherweise auch mit seinem sonstigen Vermögen haftet, mag noch kurz hingewiesen werden[17].

Unsicherer ist die haftungsrechtliche Stellung der Gläubiger im Falle der Vermögensübernahme nach § 419 BGB. Haftet ihnen der Übernehmer auch mit dem übernommenen Vermögen, so kann man doch darüber verschiedener Meinung sein, ob den Gläubigern auch hinreichende Garantien gegen die Gefahr einer sie benachteiligenden Konkurrenz mit den sonstigen Gläubigern des Übernehmers gegeben ist. Ist schon zweifelhaft, ob die in § 419 BGB. bezeichneten Gläubiger zum Antrag auf Eröffnung eines Sonderkonkurses über das übernommene Vermögen berechtigt sind[18], so kann man zur Annahme einer Befugnis dieser Gläubiger zur Einsetzung einer der Nachlaßverwaltung entsprechenden besonderen amtlichen Verwaltung des übernommenen, nicht überschuldeten Vermögens wegen der eben erwähnten Gefahr nur auf Grund sehr freier Rechtsfindung gelangen[19]. Noch bedenklicher muß sich zwar nicht, kann sich aber doch die Stellung der Gläubiger des Mannes bezw. der Frau beim Eintritt der

---

[16] An der Haftung des Vereinsvermögens wird aber auch dann nichts geändert, wenn dem Gläubiger außer diesem auch noch das Vereinsmitglied persönlich haftet. Man hat es dann mit einer ähnlichen Sachlage zu tun wie in dem Falle, wo den Nachlaßgläubigern neben dem abgesonderten Nachlaß auch noch der Erbe persönlich mit seinem Eigenvermögen haftet.

[17] Dazu noch die weiteren Ausführungen auf S. 120 ff.

[18] Siehe Knoke, S. 431 f. Jaeger, KO.[3] § 1 Anm. 64 ff. berührt die Frage nicht.

[19] Ein näheres Eingehen auf die Frage liegt außerhalb der Aufgabe der vorliegenden Abhandlung.

allgemeinen Gütergemeinschaft gestalten. Haftet nämlich für die bisherigen Verbindlichkeiten des Mannes auch das gütergemeinschaftliche Vermögen, so treten mit den Gläubigern aus diesen Verbindlichkeiten doch in Ansehung des Gemeinschaftsvermögens wieder gewisse Gläubiger der Frau (zu denen insbesondere die schon zur Zeit der Vereinbarung der Gütergemeinschaft vorhandenen gehören) in Konkurrenz, und haftet es auch für die bisherigen Verbindlichkeiten der Frau, so treten mit deren in Betracht kommenden Gläubigern alle Gläubiger des Mannes in Konkurrenz. Dessen ungeachtet gereicht aber wie bei der Gütergemeinschaft, so auch bei der Vermögensübernahme nach § 419 BGB. der Eintritt der Schuldsukzession den genannten Gläubigern nicht zum Nachteil, sondern immer zum Vorteil. Denn er sichert diese Gläubiger vor dem vollständigen Verlust der zu ihren Gunsten begründeten haftungsrechtlichen Anwartschaft.

Dritter Abschnitt.

Schuldübernahme.

Erstes Kapitel.

Grundsätzliches.

I.

Es ist eine in der Entwicklung aller Wissenschaften immer wiederkehrende Erscheinung, daß gerade das offen Vorliegende durch lange Zeit völlig unbeachtet bleibt, und daß es daher erst eines starken Anstoßes bedarf, bis man sich des Selbstverständlichen klar bewußt wird. Nur aus dieser Erwägung heraus wird die Windscheid-Gürgens'sche Lehre von der Schuldübernahme überhaupt begreiflich. Da sie für die schuldrechtliche Haftung kein Auge hatte, wurde sie auch nicht gewahr, daß die vermögensrechtliche Haftung des Altschuldners sich im Falle der Schuldübernahme nicht in der Person des Neuschuldners fortsetzt, sondern daß vielmehr jene durch eine rechtsgeschäftlich geschaffene

völlig neue Haftung ersetzt wird[1]. Heute kann sich dieser Einsicht freilich niemand mehr verschließen, selbst diejenigen können es nicht, welche an dem Dogma von der bei der Schuldübernahme angeblich eintretender Schuldsukzession noch festhalten zu müssen glauben. Um so fragwürdiger ist, wie man sich diese vermeintliche Schuldsukzession vorstellen und was man sich dabei unter „Schuld" denken soll.

II.

Da die jemand treffende Schuldpflicht auf dessen schuldrechtlicher Haftung beruht, so kann in der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme eine Sukzession des aus einem neuen Haftungsgrunde haftenden Übernehmers in die auf dem früher maßgebend gewesenen Haftungsgrunde beruhende Schuldpflicht des Altschuldners unmöglich gelegen sein. Da ferner das der Schuldpflicht gegenüberstehende Forderungsrecht aus der Haftung des Schuldners entspringt, muß das Recht des Gläubigers aus der neuen Haftung notwendig ein anderes[2] sein als das Recht, welches er früher gegenüber dem Altschuldner aus dessen nunmehr weggefallener Haftung hatte.

Es ist mir erfreulich, mich hierfür jetzt auch auf bemerkenswerte Ausführungen von Tuhrs[3] berufen zu können. Obschon

---

[1] Anderenfalls hätte Windscheid (Krit. Überschau I, S. 43, Actio, S. 203, 204) unmöglich aussprechen können, daß die „obligatorische Herrschaft" des Gläubigers, „der rechtliche Gehalt des Forderungsrechts" durch die Schuldübernahme nicht die geringste Änderung erfahre.

[2] Dies wird jetzt auch von Hellmann, S. 516 f. zugegeben. Wenn er trotzdem an der Sukzessionstheorie bei der Schuldübernahme festhält, so stellt er sich dadurch in Widerspruch zu der von Windscheid (vgl. die Anm. 1) gegebenen Begründung und nicht minder in Widerspruch zu dem von der allgemeinen Lehre aufgestellten Sukzessionsbegriff (vgl. besonders Windscheid, Pandekten I § 64 Anm. 1 und dazu weiter unten S. 127) sowie zu dem von den Vertretern der Sukzessionstheorie (soweit sie sich nicht zur neuen Lehre v. Gierkes bekennen) aufgestellten Satze, daß die Schuldübernahme bezüglich der nach vis ac potestas sich gleich bleibenden Forderung (siehe Knoke, S. 412: „Identität der Forderung") nur eine Änderung inbetreff der Person des Passivlegitimierten bewirke. Sachlich ist die Sukzessionstheorie hiermit bereits aufgehoben.

[3] A. a. O. S. 227 ff., 269 ff.

seine Formulierung des Verhältnisses von Schuldpflicht und Haftung von der hier vertretenen abweicht[4], so steht seine sonstige Auffassung der meinigen doch sehr nahe, und gelangt er zu verwandten Lösungen. So hält insbesondere auch v. Tuhr es für geboten, bei der Frage, ob es eine Sukzession in schuldrechtliche Verpflichtungen gibt, in Übereinstimmung mit mir zu unterscheiden: zwischen derjenigen Gruppe von Fällen, in denen anstatt des bisherigen Schuldners oder neben diesem ein anderer lediglich deswegen schuldrechtlich haftet, weil auf ihn das dem Gläubiger nach wie vor haftende Vermögen oder doch ein bestimmter Vermögenskomplex übergegangen ist, und dem Falle der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme. Wie ich, leugnet für diesen Fall auch v. Tuhr das Vorliegen einer Sukzession in die Schuldpflicht des Altschuldners, betrachtet auch er den gegen den Übernehmer sich richtenden Anspruch des Gläubigers als einen durch den Schuldübernahmevertrag neu begründeten[5] und schreibt er der Schuldübernahme in Ansehung dieser Wirkung gegenüber dem Übernehmer den Charakter eines Verpflichtungsvertrags zu.

Für die Annahme eines in der Schuldübernahme enthaltenen Verpflichtungsvertrags entscheiden sich jetzt aber auch manche Schriftsteller, die als Anhänger der Sukzessionstheorie auftreten. In der 6. Auflage seines bekannten Lehrbuchs des bürgerlichen Rechts bezeichnet Cosack I S. 459 in offenbarer Anknüpfung an meine Darlegungen in DJZ. 1909 S. 1131 ff. und in meiner

---

[4] Siehe hierüber oben S. 25 ff.

[5] Gegen die Sukzessionstheorie bei der Schuldübernahme haben sich in jüngster Zeit außer v. Tuhr auch noch erklärt: Krückmann in Iherings J. 59, S. 31, 40 Anm. 1; Jaeger, KO.[3] Anm. 9 zu § 61; Pacchioni, La successione singolare nei debiti (1911, Sonderabdruck aus Rivista di diritto commerciale IX), p. 5—7, derselbe Verfasser in seinem Buche: Concetto e origini dell' Obligatio Romana (1911) p. 36 und wiederum derselbe Verfasser in: La successione singolare nei debiti (1913, Sonderabdruck aus Rivista di diritto commerciale XI), wesentlich gegen Knoke gerichtet; Wenger in Goldschmidts Z. 70, S. 560; Partsch ebendaselbst 74, S. 183 ff.; Weiskopf, Der Begriff der Rechtsnachfolge in der ZPO. (1913), S. 55.

Schuldübernahme[6], die Schuldübernahme als einen Vertrag, der nicht nur Verfügungs-[7], sondern insoweit, als nunmehr der Neuschuldner dem Gläubiger verpflichtet werden soll, auch Verpflichtungsgeschäft ist. Nichts destoweniger gilt ihm die Schuld des Übernehmers nicht als eine neue, sondern als dieselbe „Schuld", die bisher den Altschuldner belastete[8]. Für Hellmann[9], der sich mit leidenschaftlichem Eifer für die Sukzessionstheorie einsetzt, steht doch zugleich auch die Rechtsnatur der Schuldübernahme als Verpflichtungsgeschäft außer jedem Zweifel. Aber auch O. v. Gierke stimmt mir darin, daß die Schuldübernahme ein Verpflichtungsgeschäft in sich schließt, durchaus bei und er gibt mir nicht minder zu, daß ein Eintritt des Übernehmers in die causa, aus welcher der Altschuldner schuldete, nicht Platz greift[10].

Die angeführten Äußerungen sind überaus bezeichnend. Sie

---

[6] Siehe besonders S. 237/7, 251 f./21 f.

[7] Darüber, daß in der Schuldübernahme wie in der Novation mit Schuldnerwechsel insofern eine Verfügung des Gläubigers gelegen ist, als dieser seinen bisherigen Schuldner frei gibt (vgl. in jüngster Zeit auch Reichel, Schuldmitübernahme, S. 4), ist man bisher einig gewesen. Der jetzt von Hellmann, S. 494 erhobene Widerspruch (wonach Schuldübernahme und Novation reine Verpflichtungsverträge sein sollen, jedoch unter der condicio iuris, daß der bisherige Schuldner durch einseitigen Akt des Gläubigers befreit werde) beruht auf offenbarer Verkennung des Wesens der condicio iuris und ist nicht geeignet, auf irgend jemand Eindruck zu machen. Hellmann würde mit seinem Widerspruch sicherlich zurückgehalten haben, wenn er sich das Verhältnis der privativen Schuldübernahme zur kumulativen und das Verhältnis der Novation zum Falle der l. 8 § 5 D. de nov. 46, 2 und l. 3 pr. D. de duobus reis constit. 45, 2 vor Augen gehalten hätte.

[8] Unter „Schuld" scheint jedoch Cosack hierbei nicht die Schuldpflicht im Sinne dieser Abhandlung, sondern lediglich das Wofür der Haftung zu verstehen. Hierfür spricht, daß nach Cosack, S. 334, zum Wesen des Forderungsrechts ein Anspruch gehört, daß dieser aber auf der Haftung beruht und daß daher auch der auf der neuen Haftung und der ihr entsprechenden Schuldpflicht des Übernehmers beruhende Anspruch des Gläubigers mit dessen auf der früheren Haftung des Altschuldners beruhendem Anspruch auch nach Cosacks Ansicht nicht identisch sein kann.

[9] A. a. O. S. 499.

[10] Schuldnachfolge und Haftung, S. 50, dazu noch S. 49 Anm. 3.

stellen außer Zweifel, daß die ältere Theorie von der Schuldübernahme selbst von denjenigen nicht mehr festgehalten wird, die ihr zu folgen scheinen. Die älteren Schuldsukzessionstheoretiker hatten es strenge vermieden, die Schuldübernahme als einen Verpflichtungsvertrag zu bezeichnen. Sie schrieben ihr vielmehr die rechtliche Natur eines Veräußerungsvertrags, d. h. eines reinen Verfügungsvertrages zu, durch den die Schuld aus dem Passivvermögen des Altschuldners in das Passivvermögen des Neuschuldners „übertragen" wurde[11]. Und aus dieser Auffassung heraus war man zur Aufstellung der Formeln gelangt, die Schuldübernahme schaffe zwar einen neuen Schuldner aber keinen neuen Schuldgrund, die Schuld habe vielmehr nach ihrem Übergang auf den Übernehmer ihre Wurzel in demselben Boden, aus dem sie in der Person des Altschuldners herausgewachsen ist, und was bei der Schuldübernahme an neuen Tatsachen hinzukomme, betreffe lediglich die Passivlegitimation[12] des wegen der Schuld zu Verklagenden.

Alles dies wird durch das Zugeständnis eines in der Schuldübernahme notwendig enthaltenen Verpflichtungsvertrags restlos aufgegeben. Über das Wesen des Verpflichtungsvertrags besteht keine Meinungsverschiedenheit. Er ist ein Vertrag, durch den zu Lasten einer Person eine schuldrechtliche Verpflichtung (Schuldpflicht) oder, wie man auch sagen kann, eine schuldrechtliche Haftung für ein bestimmtes gläubigerisches Bekommensollen begründet wird[13]. Auch darüber ist man allgemein einig, daß dasjenige Moment, durch welches eine Obligation (im Sinne von schuldrechtlicher Verpflichtung) individualisiert, d. h. von einer anderen unterschieden wird, nicht allein in dem Inhalt der geschuldeten Leistung besteht, sondern vielmehr auch durch ihren

---

[11] Nachweisungen in meiner Schuldübernahme, S. 236/6, 252 f./22.

[12] So insbesondere Regelsberger im ZivArch. 67, 32 und in gleichem Sinne viele andere Schriftsteller. Dieser bisherige Stand der Literatur wird von Hellmann völlig ignoriert.

[13] Siehe auch v. Tuhr, S. 229 Anm. 34.

Entstehungsgrund gegeben ist[14]. Da nun der Entstehungsgrund der Schuldpflicht des Altschuldners in dem in der Schuldübernahme enthaltenen Verpflichtungsvertrag gewiß nicht gelegen ist, so hat die Schuldpflicht des Neuschuldners und damit zugleich auch das Forderungsrecht des Gläubigers gegen diesen in der Schuldübernahme einen von dem Entstehungsgrund, auf welchem die Schuldpflicht des Altschuldners beruhte, verschiedenen Entstehungsgrund und hebt sie sich gerade dadurch von der Obligation des Altschuldners ab. Wahr bleibt daher auch, daß — wie ich bereits in meiner Schuldübernahme[15] ausgeführt habe — die ursprüngliche causa, zufolge deren der Altschuldner bisher schuldete und haftete, für den Übernehmer nur insoweit von Bedeutung ist, als sich nach ihr dasjenige bestimmt, worauf er verpflichtet ist und wofür er zu haften hat. Ich lege Wert darauf festzustellen, daß O. v. Gierke[16] auch bezüglich dieses Punktes sein volles Einverständnis erklärt.

Wenn die genannten Schriftsteller die Annahme einer bei der Schuldübernahme sich vollziehenden Sukzession des Neuschuldners in die Schuld des Altschuldners trotzdem festhalten, so kann die Erklärnng hierfür nur darin gefunden werden, daß sie unter „Schuld" nicht die Schuldpflicht (Verbindlichkeit, Obligation) verstehen, sondern, wie es scheint, lediglich dasjenige, wofür dem Gläubiger gehaftet wird und was dieser kraft des Schuldverhältnisses bekommen soll. Darauf weist besonders hin, daß O. v. Gierke[17] und mit ihm auch einige andere[18] eine Schuldsukzession auch schon in den Fällen der sogenannten kumulativen Schuldübernahme für gegeben erachten.

---

[14] Windscheid, Pandekten I, § 64 Anm. 6; Mitteis, Die Individualisierung der Obligation (1886), S. 6, 49.

[15] S. 388/158.

[16] Schuldnachfolge und Haftung, S. 49 Anm. 3; anders freilich Knoke S. 454; dazu aber die Ausführungen S. 139 ff. dieser Abhandlung.

[17] A. a. O. S. 50 ff.

[18] Sie werden in den folgenden Ausführungen genannt.

III.

Der Gedanke, daß sich im Wege der Schuldübernahme auch eine vervielfältigende Schuldsukzession entwickeln könne, war — soweit ich sehe — zuerst von B. Delbrück[19] ausgesprochen worden. Nach dessen bekannter Auffassung konnte nämlich eine Schuldübernahme überhaupt nur zwischen dem Altschuldner und dem Übernehmer vereinbart werden und sollte der Gläubiger auf Grund dieser Vereinbarung unbeschadet der Fortdauer seines Anspruchs gegen den Altschuldner sofort auch den Anspruch gegen den Übernehmer erwerben. Demgemäß mußte jede Schuldübernahme zunächst dazu führen, daß der Gläubiger an Stelle eines Schuldners zwei Schuldner erhielt, und bedurfte es zum Freiwerden des Altschuldners regelmäßig erst noch der Entlassung des Altschuldners durch den Gläubiger. Die Sukzession des Übernehmers, zwar nicht in die Obligation, aber doch in die „Schuld" des Altschuldners erblickte aber Delbrück[20] schon darin, daß die Schuld als Vermögensstück unter Lebenden auf einen anderen „übertragen" wird. Obschon es an gewissen Anklängen an Delbrück'sche Formeln bei einigen Neueren[21] nicht fehlt, so hat doch dieser Teil seiner Lehre keinen Beifall gefunden.

Für den Fall einer zwischen dem Gläubiger und dem

---

[19] Übernahme fremder Schulden, S. 18, 70 ff., 119 ff.

[20] Siehe a. a. O. besonders S. 119 ff.

[21] Zu ihnen gehört besonders v. Gierke; vgl. dessen Schuldnachfolge und Haftung, S. 54 Anm. 1, wo er das Wesen der Schuldübernahme in der zwischen dem Altschuldner und dem Neuschuldner vereinbarten „Veräußerung der Schuld" erblickt, die aber zu ihrer vollen Wirksamkeit freilich noch der Genehmigung des Gläubigers bedarf. Von diesem Standpunkte aus erscheint dann freilich die im § 414 BGB. ausgesprochene Anerkennung einer direkt zwischen dem Gläubiger und dem Neuschuldner vereinbarten Schuldübernahme als eine schwer begreifliche Anomalie. Gegen v. Gierke neuestens Wellspacher, Gutachten für den 31. deutschen Juristentag S. 377: „Was die Schuldübernahme selbst anbelangt, so haben die neueren Untersuchungen über dieses Rechtsinstitut doch das eine mit Sicherheit herausgestellt, daß der Ausgangspunkt der ganzen Lehre in dem Vertrage zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger gelegen ist."

Übernehmer vereinbarten kumulativen Schuldübernahme[22] — das ist für einen ganz anderen als den von Delbrück bezeichneten Fall — ist dann wieder Hellwig[23] zur Annahme einer vervielfältigenden Schuldsukzession gelangt. Ungeachtet des hiergegen von Romeick[24] und Reichel[25] — und neuestens auch von Lippmann[26] — erhobenen lebhaften Widerspruchs schließen sich jetzt O. v. Gierke[27] und Knoke[28] der Konstruktion Hellwigs an. Eine wirkliche Begründung für diese schon von vornherein wenig einleuchtende Auffassung gibt jedoch keiner der genannten Schriftsteller.

Die Möglichkeit einer vervielfältigenden Schuldsukzession ist zwar oben S. 55 ff. zugestanden worden. Von den hierbei hervorgehobenen Fällen ist jedoch der Fall der kumulativen Schuldübernahme grundverschieden. Bei jenen tritt die vervielfältigende Schuldsukzession ein, ohne daß zwischen dem Schuldsukzessor und dem Gläubiger ein neues Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen worden ist. Bei der kumulativen Schuldübernahme verpflichtet

---

[22] Dazu Reichel, Schuldmitübernahme (1909). Der von diesem Schriftsteller zur Bezeichnung der kumulativen Schuldübernahme hiermit angenommene Ausdruck war zuerst von v. Gierke in Verwendung gebracht worden (vgl. dessen Darstellung der Grundzüge des deutschen Privatrechts in Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Auflage der Neubearbeitung, I, S. 523). Begreiflich genug daher, daß v. Gierke die Angemessenheit des Ausdrucks in seiner Schuldnachfolge und Haftung, S. 38 Anm. 2 gegen die in meiner Schuldübernahme, S. 234/4 Anm. 2a erhobenen Bedenken zu verteidigen sucht. Diese müssen aber aufrechterhalten werden. Denn von einer Mitübernahme kann richtigerweise nur dort die Rede sein, wo mehrere übernehmen, ebenso wie man von Mitarbeit, Mitwirkung, Miturheberschaft, Mitbürgschaft nur redet, wenn mehrere nebeneinander tätig werden, wirken, Urheber sind, sich verbürgen. Für richtiger als den Ausdruck Schuldmitübernahme würde ich die Bezeichnung Anschluß-Schuldübernahme im Gegensatz zu der als Ersatz-Schuldübernahme zu bezeichnenden privativen Schuldübernahme halten.

[23] Die Verträge auf Leistung an Dritte (1899), S. 176.

[24] Zur Technik des BGB., Heft 3 (1904) S. 88.

[25] Schuldmitübernahme, S. 535.

[26] ZivArch. 107 S. 62 ff.

[27] Schuldnachfolge und Haftung, S. 37 ff.

[28] S. 419.

sich dagegen der Übernehmer durch Vertrag mit dem Gläubiger zur Leistung desjenigen, was der forthaftende Altschuldner dem Gläubiger schuldet. Dort trifft den successor die Schuldpflicht, weil er vom Altschuldner Vermögen übernommen hat, das durch den Übernahmevorgang den Gläubigern des Altschuldners gegenüber nicht haftungsfrei geworden ist, hier setzt dagegen in der Person des Übernehmenden eine neue Haftung ein. Dort wirkt der ursprüngliche Schuld- und Haftungsgrund in der Person des Schuldsukzessors fort, hier wird für den Übernehmer durch den auf kumulative Schuldübernahme gerichteten Vertrag ein neuer Schuld- und Haftungsgrund geschaffen. Dort spaltet sich das Recht des Gläubigers gegen den Schuldsukzessor aus dem Rechte ab, das ihm gegenüber dem bisherigen Schuldner zustand, hier erhält der Gläubiger gegen den Übernehmer ein neues Recht auf durchaus neuer Grundlage.

Worauf will sich die Annahme einer bei der kumulativen Schuldübernahme eintretenden Schuldsukzession aber dann noch stützen? Doch wohl nur darauf, daß die Leistungspflicht des Übernehmers inhaltlich auf dasselbe geht wie die Leistungspflicht des forthaftenden bisherigen Alleinschuldners oder mit anderen Worten, daß jener für dasselbe haftet wie dieser. Verwendet man also den mehrdeutigen Ausdruck „Schuld" als Bezeichnung für das Wofür der schuldrechtlichen Haftung — und gegen diesen Sprachgebrauch ist, dafern man sich nur der ihr zugrunde liegenden Voraussetzung immer bewußt bleibt, nichts einzuwenden[29] — so darf man allerdings sagen, die Schuld des eine Schuld kumulativ Übernehmenden sei mit der Schuld des in seinem bisherigen Schuldverhältnis verbleibenden Altschuldners identisch. Im gleichen Sinne pflegt man ja auch mit Bezug auf schon von vornherein solidarische Verbindlichkeiten zu sagen, daß dem Gläubiger von jedem der Gesamtschuldner dasselbe nur einmal zu Leistende geschuldet werde[30]. Für die Anwendbarkeit der Suk-

[29] Weiteres hierüber unten S. 97 ff.

[30] Da für den Gläubiger hiernach praktisch nur eine Aktivpost vorhanden ist, ist man — indem man dabei unter Schuld das Wofür der

zessionstheorie auf die kumulative Schuldübernahme ist aber hiermit nichts gewonnen.

Das Vorkommen von Verträgen, zufolge deren ein Gläubiger in Ansehung derselben, ihm nur einmal gebührenden Leistung neben dem ursprünglichen Schuldner noch einen weiteren Schuldner erhalten soll, ist eine allbekannte Erscheinung, die uns wie im gemeinen Recht und in den modernen Gesetzgebungen, so auch schon in den antiken Rechten und im älteren germanischen Recht begegnet.

Bei der römischen Stipulationsbürgschaft versprach der sponsor, fidepromissor, fideiussor ausdrücklich dasselbe (idem), was der Hauptschuldner schuldet[31]. Trotzdem ist weder den Römern noch den Modernen eingefallen, hierin eine vervielfältigende Schuldsukzession zu erblicken. Nun ist es freilich richtig, daß die Verbürgung, selbst in der Gestalt, in welcher sie uns bei der römischen Stipulationsbürgschaft entgegen tritt, von der kumulativen Schuldübernahme wesentlich verschieden ist. Denn die Verpflichtung des spezifischen Bürgen ist von dem Bestande der Verpflichtung des Hauptschuldners derart abhängig, daß sie mit dem Wegfall dieser grundsätzlich erlischt, während im Falle der kumulativen Schuldübernahme die Verpflichtung des Übernehmers die Verpflichtung des zunächst forthaftenden bisherigen Schuldners zu überdauern vermag[32]. Es ist daher wohl begreiflich, daß die vorhin genannten Schriftsteller auf die Durchführung ihrer Theorie von der vervielfältigenden Schuldsukzession bei der Verbürgung verzichten.

---

schuldrechtlichen Haftung versteht — auch gewohnt, von einer Gesamtschuld zu sprechen. Trotzdem ist die heutige Doktrin darüber klar, daß in den Fällen der gesamtschuldnerischen Haftung so viele Schuldpflichten und ihnen gegenüberstehende Forderungsrechte vorliegen, als Gesamtschuldner vorhanden sind. Vgl. v. Amira I § 25, Binder, Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht (1899), S. 49, 393, v. Tuhr, S. 88 bei Anm. 31.

[31] Bezüglich der sponsio und fidepromissio vgl. übrigens Czyhlarz in Grünhuts Z. III, S. 115.

[32] Hierüber besteht keine Meinungsverschiedenheit.

Dem römischen Rechte war aber auch unsere kumulative Schuldübernahme nicht fremd. Sie erfolgte mittelst des constitutum debiti alieni[33] oder, sofern die ursprüngliche Schuld eine Stipulationsschuld war, auch so, daß sich der Gläubiger dasselbe nur einmal zu Leistende von einem anderen als dem ursprünglichen Schuldner neuerdings derart promittieren ließ, ut duo rei constituantur: neque ulla novatio fiet[34]. Auch in diesen Vorgängen ist bisher noch niemals eine Schuldsukzession gesucht und gefunden worden, ohne daß deren Verständnis dadurch auch nur im geringsten beeinträchtigt worden wäre.

Im germanischen Recht scheint der Erfolg der kumulativen Schuldübernahme zunächst im Wege eines zwischen dem Kumulativ-Übernehmer und dem Schuldner zugunsten des Gläubigers geschlossenen Vertrags erreicht worden zu sein, laut dessen der Übernehmer dem Schuldner versprach, den Gläubiger zu befriedigen und demzufolge der Gläubiger unbeschadet der fortdauernden Haftung des bisherigen Schuldners einen direkten Anspruch gegen den Übernehmer erlangte[35]. Im Gegensatz zu Delbrück nimmt hier selbst v. Gierke[36] eine vervielfältigende Schuldsukzession nicht an.

Es wird aber nicht zu bezweifeln sein, daß der eben bezeichnete Erfolg im mittelalterlichen deutschen Recht auch durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger herbeigeführt werden konnte[37]. Die Rezeption des römischen Rechts schuf hierin keine Änderung. Der auf kumulative Schuldübernahme gerichtete Vertrag fiel jetzt zwanglos unter das constitutum debiti alieni und wurde auch in Theorie und Praxis unter diesem Gesichtspunkt anerkannt. An eine vervielfältigende Schuldsukzession hat dabei niemand gedacht,

---

[33] Dazu Bruns in Z. f. Rechtsgesch. I, S. 28 ff.

[34] Vgl. l. 3 pr. D. de duobus reis constit. 45, 2.

[35] Dazu Delbrück, S. 57, 70.

[36] Schuldnachfolge und Haftung, S. 38 Anm. 4 und S. 52 Anm. 3 a. E.

[37] Ich entnehme dies aus dem von Herrn Kollegen Planitz in Basel gesammelten Urkundenmaterial, dessen Einsichtnahme er mir freundlich gestattet hat, insbesondere aus Urkunden aus dem 14. Jahrhundert.

auch Delbrück nicht, der vielmehr die Annahme einer solchen ausdrücklich zurückweist[38].

Und nun soll sich das auf einmal ganz anders verhalten und die Schuldsukzessionskonstruktion gerade dort, nämlich bei der zwischen Gläubiger und Übernehmer vereinbarten kumulativen Schuldübernahme unentbehrlich sein, wo man sie bisher nicht nur für entbehrlich, sondern sogar für unmöglich gehalten hat. Ein sachlicher Grund für diese Haltung ist nicht erfindlich. Was durch eine neu erfundene Konstruktion erklärt werden soll, ist ohne sie leicht verständlich und vor eine Rätselfrage wird man erst durch die Konstruktion selbst gestellt.

Die Bestimmung des Inhalts eines Schuldverhältnisses hängt innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen von der Autonomie der Parteien ab. Kraft dieser Autonomie können die Parteien auch bestimmen, daß der Inhalt einer einzugehenden Verpflichtung einem zwischen dem Gläubiger und einem anderen Schuldner bereits bestehenden Schuldverhältnis mit der Maßgabe entnommen werden soll, daß der Gläubiger die ihm sowohl von dem alten als auch von dem hinzugetretenen neuen Schuldner geschuldete Leistung nur einmal erhalten soll. Selbstverständlich daher, daß der kumulativ Übernehmende nur nach Maßgabe des von ihm eingegangenen Verpflichtungsvertrags haftet und schuldet.

Daß durch einen wirksamen Verpflichtungsvertrag eine schuldrechtliche Verpflichtung begründet wird, vermag auch O. v. Gierke nicht zu bestreiten; er glaubt jedoch seinen theoretischen Standpunkt sowohl bezüglich der privativen als auch bezüglich der kumulativen Schuldübernahme durch die Beifügung aufrecht erhalten zu können, daß das vom Übernehmer eingegangene Verpflichtungsgeschäft nicht der alleinige und selbständige Haftungsgrund sei. „Haftungsgrund ist vielmehr — so ruft er aus[39] — das Schuldnerwerden." Der Sinn dieser ziemlich

[38] A. a. O. S. 29 bei Anm. 41.

[39] Schuldnachfolge und Haftung, S. 50 Anm. 2.

formelhaften Wendung dürfte — soweit sie für die kumulative Schuldübernahme in Betracht kommt — sein, daß der Übernehmer infolge des abgeschlossenen Verpflichtungsvertrags nicht bloßer Hafter für eine fremde Schuld, sondern neben dem bisherigen Schuldner Selbstschuldner werde und als solcher dann natürlich hafte. Hieran ist zweifellos soviel richtig, daß sich die Schuldpflicht des eine Schuld kumulativ Übernehmenden — obschon auch er (in derselben Weise wie es bei demjenigen möglich ist, welcher schon von vornherein eine gesamtschuldnerische Haftung auf sich nimmt) einen Interzessionszweck verfolgen kann[40] — in dem bereits früher bezeichneten Punkte von dem Einstehen für eine fremde Schuld unterscheidet. In diesem Sinne ist der kumulativ Übernehmende daher Selbstschuldner im Gegensatz zum Bürgen[41].

Belanglos ist dagegen, was O. v. Gierke über den Grund der schuldrechtlichen Haftung des eine Schuld kumulativ Übernehmenden ausführt. Das Verhältnis der Schuldpflicht zur schuldrechtlichen Haftung ist, wie bereits auf S. 17 ff. dieser Abhandlung dargelegt wurde, so beschaffen, daß die eine ohne die andere nicht vorhanden sein kann. Es ist daher auch durchaus gleichgültig, ob man die Wirkung des vom kumulativ Übernehmenden geschlossenen Verpflichtungsvertrags dahin bestimmt, daß der Übernehmer den Inhalt der schuldrechtlichen Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners gesamtschuldnerisch auf sich nimmt, oder daß er für das vom ursprünglichen Schuldner Geschuldete wie ein Gesamtschuldner haftet. Denn wer gesamtschuldnerisch verpflichtet ist, haftet als Gesamtschuldner und wer gesamt-

[40] In diesem Punkte besteht zwischen dem römischen und germanischen Recht einerseits und dem heutigen Recht andererseits nicht der geringste Unterschied.

[41] Nicht zutreffend ist es, wenn v. Tuhr, S. 131 Anm. 36 das Wesen der kumulativen Schuldübernahme dahin bestimmen zu können glaubt, daß der kumulativ Übernehmende im Gegensatz zum Bürgen „in das ganze Schuldverhältnis“ eintritt. Wer eine fällige Alimentenleistung oder Mietzinsschuld kumulativ übernimmt, tritt dadurch doch nicht „in das Rechtsverhältnis der Unterhaltspflicht“ überhaupt bezw. in das Mietverhältnis ein.

schuldnerisch haftet, ist als Gesamtschuldner verpflichtet. Haftungsgrund ist also für den eine Schuld kumulativ Übernehmenden doch nur der von ihm mit dem Gläubiger geschlossene Verpflichtungsvertrag und nicht das „Schuldnerwerden" des Übernehmers. Dieses „Schuldnerwerden" ist nicht ein Tatbestand, an den sich die schuldrechtliche Haftung als Rechtsfolge knüpft, sondern es ist selbst nur Rechtsfolge des Verpflichtungsvertrages, deren Vorhandensein durch das gleichzeitige Dasein einer entsprechenden schuldrechtlichen Haftung rechtlich bedingt ist.

Eine Unterstützung für seine Auffassung glaubt v. Gierke[42] darin finden zu können, daß die kumulative Schuldübernahme, obschon sie die Haftung nur verstärkt, die Schuld des bisherigen Schuldners durch den Übergang auf einen Mitschuldner in rechtlich relevanter Weise verändert. Er bemerkt in dieser Beziehung insbesondere: „So muß sich der Gläubiger die Aufrechnung durch den neuen Mitschuldner gefallen lassen (BGB. § 422), gerät durch Verzug ihm gegenüber auch dem alten Schuldner gegenüber in Verzug (BGB. § 424) und kann auch dann, wenn es sich um eine persönliche Leistung handelt, die Leistung durch den Mitschuldner nicht ablehnen."

Der zuletzt erwähnte Punkt soll zuerst erörtert werden. Schuldet A dem G eine persönliche (nicht vertretbare) Leistung, so ist eine kumulative Schuldübernahme in dem Sinne, daß die Verpflichtung des Übernehmers B denselben Inhalt haben könnte, wie die des A und daher auch eine vervielfältigende Schuldfukzession im Sinne v. Gierkes gar nicht möglich. Denkbar ist aber neben verschiedenen anderen Kombinationen insbesondere auch die, daß B durch Vertrag mit dem Gläubiger sich ausbedingt, diesem anstatt der von A geschuldeten Leistung eine andere Leistung erbringen und den A hierdurch befreien zu können. Ohne Zweifel kann hier der Gläubiger die ihm von B angebotene andere Leistung nicht ablehnen, ohne dem A gegenüber

[42] Schuldnachfolge und Haftung, S. 52 bei und in Anm. 3.

in Empfangsverzug zu kommen. Ein Anhaltspunkt für die Annahme einer durch kumulative Schuldübernahme angeblich herbeigeführten vervielfältigenden Schuldsukzession kann aber hierin um so weniger gefunden werden, als der B zur Leistung, welche der Gläubiger als eine den A befreiende anzunehmen gehalten ist, nicht einmal verpflichtet ist[43]. Hiermit ist übrigens nicht nur dem in der Ausführung v. Gierkes zuletzt erwähnten Punkte, sondern auch schon der daselbst an zweiter Stelle geltend gemachten Erwägung jede Beweiskraft genommen. Auf diese wird jedoch im Zusammenhang mit dem, was über die dem kumulativ Übernehmenden dem Gläubiger gegenüber unter Umständen zukommende Aufrechnungsmöglichkeit zu sagen ist, noch zurückzukommen sein.

Es liegt in der Natur der Sache, daß der dem Gläubiger gegenüber in der Aufrechnungslage sich befindende Kumulativ-Übernehmer grundsätzlich auch gegen dessen Willen aufrechnen kann[44]. Als Symptom für das Vorliegen einer vervielfältigenden Schuldsukzession läßt sich aber auch diese Erscheinung nicht deuten. Denn sie begegnet uns in völlig gleicher Weise auch in nicht wenigen anderen Fällen, wo der Gedanke einer vervielfältigenden Schuldsukzession schon a limine abzuweisen ist. So kann, dafern nur die Aufrechnungslage gegeben ist, auch der Bürge, dessen Haftung der Gläubiger festhalten will[45], eine ihm gegen diesen zustehende Forderung aufrechnen und dadurch dieselbe Wirkung herbeiführen, wie wenn er an den Gläubiger geleistet hätte. Die gleiche Möglichkeit ist unter der Voraussetzung, daß das in § 333 BGB. be-

[43] Es liegt im Wesen einer Vereinbarung der im Texte erwähnten Art, daß aus ihr dem Gläubiger kein Recht auf die Bewirkung der Leistung erwächst.

[44] Vgl. aber doch auch Langheineken, Der verhaltene Anspruch in der Festschrift für v. Brünneck, S. 27—56, besonders S. 37, 38, dessen Ausführungen hier nicht gewürdigt werden können.

[45] Ohne diese Beschränkung hat das Reichsgericht die Aufrechnung zugelassen in der bekannten Entscheidung 53, S. 403 ff. Meine Bedenken hiergegen werden an anderer Stelle entwickelt werden. Vgl. zur Frage vorläufig Langheineken a. a. O. S. 49 ff.

stimmte Zurückweisungsrecht nicht mehr in Frage kommt[46], auch demjenigen gegeben, welcher sich seinem Vertragsgenossen gegenüber zur Befriedigung eines Gläubigers desselben mit der Maßgabe verpflichtet hat, daß aus dem Vertrag auch ein direkter Anspruch des Gläubigers gegen den Verpflichteten erwachsen soll. Daß eine Schuldsukzession in den eben genannten Fällen nicht angenommen werden kann, gibt v. Gierke ausdrücklich zu[47]. Selbst vom Standpunkt seiner Lehre ist ferner für gewiß zu halten, daß mit der vervielfältigenden Schuldsukzession nicht operiert werden kann, wenn, nachdem sich A für eine bestimmte Hauptschuld verbürgt hatte, B sich für dieselbe Hauptschuld verbürgt[48]. Dasselbe muß gelten, wenn jemand dem Gläubiger nicht die Leistung desjenigen verspricht, was dieser bereits einem anderen schuldet, sondern sich schlechthin nach den für Gesamtschuldverhältnisse maßgebenden Grundsätzen auf dasjenige verpflichtet, was ein anderer dem Gläubiger schon vorher versprochen hatte[49]. Die Möglichkeit der Annahme einer vervielfältigenden Schuldsukzession entfällt in den eben genannten Fällen schon deswegen, weil es für die Entstehung der Verpflichtung des zweiten Bürgen, des zweiten correus ganz gleichgültig ist, ob aus dem vorangegangenen Vertrag des ersten Bürgen, des ersten correus eine wirksame Verpflichtung für diesen überhaupt entstanden war. Bestehen aber die Verpflichtungen beider Bürgen, beider correi zu Recht, so muß sich der Gläubiger bei Vorhandensein der Aufrechnungslage die vom zweiten Bürgen, zweiten correus vorgenommene Aufrechnung mit der Wirkung gefallen lassen, daß dadurch auch der erste Bürge, der erste correus dem Gläubiger gegenüber frei wird. Es mag schließlich noch erwähnt werden,

---

[46] Dazu Kleinecke, Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger (1907), S. 20 und Reichel a. a. O. S. 148.

[47] A. a. O. S. 52 Anm. 3. Daß die im Texte erwähnte Aufrechnungsmöglichkeit gegeben ist, vermag aber v. Gierke nicht in Abrede zu stellen.

[48] BGB. § 769.

[49] Hierzu Czyhlarz a. a. O. (vgl. Anm. 31).

daß der Gläubiger, wenn ihm zur Sicherung seiner Forderung von einem Dritten ein Pfand oder eine Hypothek bestellt ist, sich nach Maßgabe der §§ 1224, 1249, 1142 BGB. auch die Befriedigung im Wege der ihm vom Eigentümer der haftenden Sache erklärten Aufrechnung gefallen lassen muß.

Alle vorgeführten Fälle haben überdies noch gemein, daß der Gläubiger durch Nichtannahme der ihm von demjenigen, welcher bei Vorhandensein der Aufrechnungslage würde aufrechnen können, ordnungsmäßig angebotenen Leistung auch im Verhältnis zu demjenigen Schuldner in Empfangsverzug gerät, der im Falle der Annahme der Leistung ihm gegenüber frei geworden wäre.

Wir gelangen somit zu dem zweifachen Ergebnis, daß die Rechtsbeziehung des Gläubigers zu seinem Schuldner allerdings auch durch die Rechtsbeziehung, in welcher jener zu einer anderen Person, die ihm gegenüber zur Befriedigung durch Leistung des von diesem Geschuldeten oder im Wege der datio in solutum oder der Aufrechnung berechtigt ist, wesentlich beeinflußt werden kann, daß aber eine solche Beeinflußung nirgends auf das Vorliegen einer vervielfältigenden Schuldsukzession hinweist.

Ebenso eindruckslos wie v. Gierkes soeben besprochenes Vorbringen, muß dessen Versicherung bleiben, daß die Vorstellbarkeit der durch kumulative Schuldübernahme angeblich herbeigeführten vervielfältigenden Schuldsukzession gerade soweit reiche, als die Vorstellbarkeit des Solidarprinzips überhaupt. Es ist zwar ebenso richtig als selbstverständlich, daß die kumulative Schuldübernahme zu einer solidarischen Haftung führt. Unzutreffend ist es dagegen, wenn v. Gierke einen notwendigen Zusammenhang zwischen solidarischer Haftung und vervielfältigender Schuldsukzession annimmt. Verpflichten sich mehrere durch einen mit dem Gläubiger einheitlich geschlossenen Vertrag als Solidarschuldner oder haften mehrere wegen eines von ihnen gemeinschaftlich begangenen Deliktes solidarisch, so ist doch gewiß keiner der Schuldner successor des anderen. Andere Fälle solidarischer Haftung, bei denen das Vorliegen einer vervielfältigenden Schuld-

sukzession auch v. Gierke als ausgeschlossen erachtet, sind schon früher erwähnt worden. Das Gebiet der solidarischen Haftung kann sich somit mit dem Gebiet der vervielfältigenden Schuldsukzession unmöglich decken und die Vorstellbarkeit jener kann die Annahme dieser nicht zur grundsätzlichen Voraussetzung haben.

Nach wie vor erhebt sich also v. Gierkes Konstruktion der kumulativen Schuldübernahme nicht über den problematischen Wert einer unerweislichen Behauptung. Um so dankenswerter ist es, daß v. Gierke den Grund nicht verschweigt, der ihm für seine Auffassung der kumulativen Schuldübernahme subjektiv ausschlaggebend gewesen ist. Er führt in dieser Beziehung S. 34, Anm. 2, aus:

„Geschichtlich hat, wie Strohal, Jahrb. f. D. 57, 383, richtig bemerkt, die Lehre von der Schuldübertragung[50] ihren Ausgang von der Annahme einer kumulativen Schuldübernahme genommen, während man die Befreiung des alten Schuldners erst aus der Entlassungserklärung des Gläubigers hervorgehen ließ. Auch heute bildet vielfach die kumulative Schuldübernahme den Durchgang zu befreiender Schuldübernahme, die dann doch, falls die Schuld des Übernehmers inzwischen eine neue Schuld war, gleichfalls nicht Schuldnachfolge sein könnte. Der ganze Aufbau des Schuldnachfolgerechts verliert seine Geschlossenheit, wenn aus ihr die kumulative Schuldübernahme entfernt wird."

Worauf es v. Gierke bei der kumulativen Schuldübernahme allein ankommt, ist hiernach leicht festzustellen. Er bewegt sich nämlich in folgendem Gedankengang:

1. Für ihn ist Axiom, daß die privative Schuldübernahme als Sukzession des Übernehmers in die Schuld des Altschuldners konstruiert werden müsse.

---

[50] Die Verwendung dieses, an die Lehre Delbrücks anklingenden (und von mir strenge vermiedenen) Ausdruckes bestätigt die Richtigkeit des oben in Anm. 21 S. 67 bezüglich des Verhältnisses v. Gierkes zu Delbrück Gesagten.

2. Mit geringerer Voreingenommenheit steht er der kumulativen Schuldübernahme gegenüber. Nach seiner, zwar nur indirekt, aber doch deutlich genug ausgesprochenen Meinung könnte diese, für sich allein betrachtet, allenfalls auch ohne Zuhilfenahme der Sukzessionskonstruktion begriffen werden.

3. Unfrei in seiner Beurteilung der kumulativen Schuldübernahme wird v. Gierke erst durch die Einsicht, daß diese Art der Schuldübernahme sehr häufig den Durchgang für eine privative Schuldübernahme bildet. Er wittert nämlich die Gefahr, daß aus dem Verzicht auf die Durchführung der Sukzessionstheorie bei jener Schuldübernahme weitreichende Schlüsse gezogen werden könnten, denen gegenüber die Sukzessionstheorie auch bei der privativen Schuldübernahme nicht mehr standzuhalten vermöchte. Dem soll durch die Ausdehnung der Sukzessionstheorie auf die kumulative Schuldübernahme vorgebeugt werden.

Hiernach hat die der Konstruktion der kumulativen Schuldübernahme gewidmete Ausführung v. Gierkes nur die Bedeutung eines auf jegliche Beweiskraft verzichtenden Bekenntnisses.

IV.

Unsere Erörterung hat jetzt wieder dort anzuknüpfen, bis wohin sie bei der Erwähnung der kumulativen Schuldübernahme gelangt war. Sie schloß mit der Feststellung ab, daß diejenigen Schriftsteller, welche in der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme einen Sukzessionsvorgang erblicken, unter Schuld jedenfalls nicht die Schuldpflicht in dem früher dargelegten Sinne (die Verbindlichkeit, die Obligation), sondern bewußt oder unbewußt etwas wesentlich anderes verstehen und durfte sich als zwingenden Beweis hierfür insbesondere auf den von jenen Schriftstellern unternommenen Versuch berufen, die Sukzessionstheorie von der privativen Schuldübernahme auch auf die kumulative zu übertragen.

Darüber, was die Schuld, in die nach der von uns bekämpften Auffassung bei der Schuldübernahme sukzediert wird, eigentlich sein soll, ist bereits oben eine Vermutung ausgesprochen worden.

Der Punkt bedarf aber noch genauerer Prüfung. Die Vertreter der Sukzessionstheorie müssen selbst zu Worte kommen.

In seinem Buche über Schuld und Haftung spricht sich v. Gierke über das Wesen der deutschrechtlichen Schuld also aus: Der rechtliche Inhalt des Schuldverhältnisses werde durch den Begriff des Sollens bestimmt (S. 8). In dem Begriff des Sollens aber erschöpfe sich auch das Schuldverhältnis. Eine Macht die Leistung zu erzwingen, gewähre das Schuldverhältnis als solches nicht; denn es vermittle dem Gläubiger keine Herrschaft über die Person des Schuldners oder dessen Vermögen. Mithin müsse ein Rechtsverhältnis anderer Art, das Machtinhalt hat (nämlich die Haftung), hinzutreten, um dem Schuldverhältnis volle Wirksamkeit zu verleihen (S. 19). So sehr jedoch die Kraft des Schuldverhältnisses von dem Hinzutritt der Haftung abhänge, so bleibe doch sein Wesen davon unberührt. Aus diesem Grunde soll die Schuld des germanischen Rechts nach v. Gierke schon frühzeitig befähigt gewesen sein, jene Vergegenständlichung zu empfangen, die mit dem die Haftung einschließenden Obligationsbegriff des klassischen römischen Rechts unverträglich war, und hierauf soll es wieder beruhen, daß — wie man nicht ohne Überraschung erfährt[51] — die Schuld des Gläubigers zum aktiven und die Schuld des Schuldners zum passiven Vermögensbestandteil und wie jene (zuerst mit Zustimmung des Schuldners, dann auch ohne sie), so auch diese (mit Zustimmung des Gläubigers) übertragbar wurde (a. a. O. S. 10).

[51] Die Darstellung v. Gierkes ist nämlich insofern rätselhaft, als sie aus der völligen Unabhängigkeit der germanischen Schuld von der Haftung insbesondere aus dem Umstande, daß der Gläubiger durch die Schuld zum Vermögen des Schuldners in keine rechtliche Beziehung gesetzt wurde, die Konsequenz ableitet, daß die Schuld beim Gläubiger zum aktiven und beim Schuldner zum passiven Vermögensbestandteil und als solcher übertragbar wurde. Weitaus verständlicher und einleuchtender ist es, wenn Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, IV, S. 845 ff. die Ablösbarkeit der Schuld von der Person des ursprünglichen Schuldners aus dem überwiegenden vermögensrechtlichen Element der mittelalterlichen Obligation ableitet, vermöge dessen der Erwerber des haftenden Vermögens zum Schuldner wurde.

Mit v. Gierke stimmt Knoke[52] insofern überein, als auch er die Schuld für etwas hält, das losgelöst von der schuldrechtlichen Haftung, Gegenstand einer Sukzession bilden könne. Sein Ausgangspunkt ist jedoch ein wesentlich anderer, als der v. Gierkes. Knoke bezweifelt nicht die große Bedeutung der Vermögenshaftung für den Begriff der modernen Obligation. Er trägt kein Bedenken zu sagen, daß diese durch die Verbindung des Bekommensollens auf Seiten des Gläubigers, mit dem des Leistensollens auf Seiten des Schuldners und mit der Haftung des schuldnerischen Vermögens charakterisiert werde, und er leitet aus dem Begriff der Obligation den Satz ab: keine Forderung ohne Vermögenshaftung. Trotz aller Bedeutung der Haftung dürfe man aber nicht verkennen, daß das Leistensollen das erste, die Haftung das zweite sei[53]. Beides falle nicht zusammen und die Sukzessionstheorie bei der Schuldübernahme sei daher auch nicht schon mit dem Nachweis widerlegt, daß die Haftung des Übernehmers eine neue ist. Die genannte Theorie behaupte ja gar nicht und brauche nicht zu behaupten, daß die Haftung bei der Schuldübernahme dieselbe bleibe. Sie behaupte vielmehr nur die Identität der Forderung und halte diese für gegeben, wenn das Leistensollen dasselbe bleibt[54]. Die hiermit in dem für uns hier entscheidenden Punkte wiedergegebene Darlegung Knokes leidet an einer für denjenigen, der sich mit ihr auseinandersetzen will, recht bedauerlichen Unklarheit[55]. Als

[52] S. 410 ff.

[53] Wie Knoke jetzt auch Buch a. a. O. S. 64.

[54] Über die Auffassung Hellmanns vgl. oben Anm. 2 auf S. 62.

[55] Hiermit soll der Wert der Ausführungen Knokes keineswegs herabgesetzt werden. Ihr Verfasser verdient vielmehr volle Anerkennung dafür, daß er von einem konservativen Standpunkte aus besonnen, vorsichtig und scharfsinnig die Gründe entwickelt, die ihm zugunsten der Sukzessionstheorie noch ins Feld geführt werden zu können scheinen, und dadurch zu neuer Untersuchung anregt. Widerspruchsvoll und unklar ist Knoke nur dadurch geworden, daß er im Gegensatz zu anderen unbefangen genug ist, zuzugestehen, zum Wesen der heutigen Obligation gehöre die Vermögenshaftung des Schuldners, d. h. eine Rechtsbeziehung zum Vermögen desjenigen, welcher zufolge eines bestimmten rechtsbegründenden

ziemlich sicher wird zwar angenommen werden dürfen, daß der Verfasser die Ausdrücke „Schuld" und „Leistensollen" als gleichbedeutend gebraucht. Die Unklarheit betrifft das Verhältnis von Schuld im Sinne Knokes zu dem von ihm ebenfalls verwendeten Ausdruck „Obligation". Es ist bekannt, daß wir diesem im Anschluß an den Sprachgebrauch der Römer eine dreifache Bedeutung zuschreiben. Der Ausdruck dient nämlich zunächst wie zur Bezeichnung des gläubigerischen Rechtes, der Forderung, so auch zur Bezeichnung der schuldnerischen Verpflichtung, der Schuldpflicht, bezeichnet aber außerdem noch das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Rechtsverhältnis, von welchem Forderungsrecht und Verpflichtung die beiden Seiten[56] sind (Windscheid, Pandekten II § 351 a). Zum Begriff und Wesen der Obligation in dem zuletzt erwähnten Sinne gehört nun nach Knoke die Haftung des Schuldners. Ganz dasselbe sagt Knoke von der Forderung des Gläubigers aus. Hat hiernach das Recht des Gläubigers das Vorhandensein einer schuldrechtlichen Haftung zur notwendigen Voraussetzung, so muß von der Verpflichtung des Schuldners dasselbe gelten. Hiernach möchte man erwarten, daß Knoke sich zu derjenigen Auffassung bekennt, welche v. Gierke als die spezifisch-romanistische bezeichnet. Da macht er aber auf einmal eine Schwenkung und löst sich aus der Obligation, in der die Haftung inbegriffen ist, eine in einem Leistensollen bestehende Schuld heraus, zu deren Wesen, obschon sie sich erst durch Hinzutritt der Haftung zur Obligation ausgestaltet, die Haftung nicht gehört. Damit nähert sich Knoke trotz der Verschiedenheit des Ausgangspunktes der Lehre v. Gierkes, die aber der Dar-

---

Tatbestandes Schuldner geworden ist. An diesem Zugeständnis mußte der Versuch, die Sukzessionstheorie bei der Schuldübernahme trotzdem festzuhalten, notwendig scheitern.

[56] Bei der Verwendung des Ausdrucks „Schuldverhältnis" denken wir übrigens oft auch an einen ganzen Komplex innerlich miteinander zusammenhängender Rechtsbeziehungen (Mietverhältnis, Gesellschaftsverhältnis, Gemeinschaftsverhältnis u. dgl.), aus dem sich je nach Umständen bald Schuldpflichten des einen, bald solche des anderen Teiles entwickeln.

stellung Knokes gegenüber den großen Vorzug hat, daß sie ungeschminkt ausspricht, was Knoke künstlich zu verdecken sucht.

Als Anhänger der Sukzessionstheorie bei der Schuldübernahme bekennt sich auch Enneccerus. Er läßt aber zugleich deutlich durchblicken, daß ihm die Festhaltung dieser Auffassung erhebliches Kopfzerbrechen bereitet. In der 4.—5. Auflage seines Lehrbuches hatte er noch ausdrücklich erklärt, daß im heutigen Recht und im Recht des BGB. insbesondere zwischen Schuld und Haftung nicht mehr zu unterscheiden sei[57]. Inzwischen scheint er aber erkannt zu haben, daß es von diesem Standpunkt aus völlig unmöglich ist, einen Vorgang, wo bei sich gleich bleibendem Leistungsinhalt die schuldrechtliche Haftung des A durch die schuldrechtliche Haftung des B ersetzt wird, als Sukzession in die von der Haftung nicht zu trennende Schuld zu konstruieren. Er sieht sich deshalb in seiner neuesten (6.—8.) Auflage zu einer wesentlich veränderten Stellungnahme genötigt. Sie soll hier möglichst scharf umrissen werden.

Das Forderungsrecht denkt sich Enneccerus in Übereinstimmung mit seinen früheren Auflagen als das Recht einer Person, des Gläubigers, gegen eine andere bestimmte Person, den Schuldner, auf Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses des Gläubigers[58]. Die dem Gläubigerrechte gegenüberstehende Verpflichtung des Schuldners bezeichnet er als Schuld, so daß ihm also Schuldpflicht und Schuld als gleichbedeutend gelten. Die eminente Bedeutung, welche der schuldrechtlichen Haftung für die Durchsetzbarkeit des Forderungsrechts zukommt, wird von Enneccerus natürlich auch jetzt noch gewürdigt. Er betrachtet die Haftung aber nicht mehr als etwas zur Forderung und zur schuldrechtlichen Verpflichtung Gehörendes, sondern nur als eine zwar regelmäßige, aber keineswes notwendige Folge des For-

[57] § 226 Anm. 1. Als völlig einwandfrei erschien diese Fassung allerdings nicht. Sachlich unrichtig war das im Eingang der bezeichneten Anmerkung über die Bußschuld Gesagte.

[58] § 225 am Anfang.

derungsrechtes. In offenbarer Anlehnung an v. Gierkes oben wiedergegebene Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses nimmt Enneccerus nunmehr an, der Inhalt der Forderungsrechtes erschöpfe sich in einem bloßen Forderndürfen und der Inhalt der schuldnerischen Verpflichtung in einem bloßen Leistensollen[59]. Hiermit stimmt es durchaus zusammen, wenn er beifügt, der von ihm angenommene Inhalt des Forderungsrechtes könne durch die Gestaltung der Haftung in keiner Weise beeinflußt werden, und das Bestehen des Forderungsrechtes werde auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Rechtsordnung den Eintritt einer schuldrechtlichen Haftung völlig versage[60]. Nach dieser Auffassung kann man sich nicht mehr wundern, wenn Enneccerus schließlich zu dem Ausspruch gelangt, die von ihm anerkannten sogenannten Naturalobligationen seien „wahre Forderungen" und daher auch auf der Schuldnerseite wahre schuldrechtliche Verpflichtungen[61].

Hierzu ist Verschiedenes zu sagen. Das Auffallendste an Enneccerus neuer Lehre ist, daß sie von einem Schriftsteller ausgeht, der nach den im ersten Bande seines Lehrbuchs enthaltenen Ausführungen das Wesen des subjektiven Rechts in der jemandem von der Rechtsordnung verliehenen Rechtsmacht erblickt. „Recht — so definiert er a. a. O. S. 159[62] — ist die von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche Macht". Diesen Begriff gibt Enneccerus — wie später noch genauer zu zeigen sein wird — bei der Bestimmung des Inhalts des Forderungsrechtes völlig preis.

Recht auffallend ist aber auch, daß Enneccerus, obschon einen rein positiv-rechtlichen Stoff behandelnd, es für angemessen erachtet, technische Ausdrucke des Gesetzes in untechnischem Sinne zu verwenden. Er spricht von einer Verpflichtung, wo das

[59] § 226 S. 6 am Anfang.
[60] A. a. O. S. 6, 7.
[61] § 227 II 2 in Verbindung mit § 226 I und II am Anfang.
[62] In der eben erschienenen neuesten 9.—11. Aufl., S. 162.

Gesetz das Vorhandensein einer solchen ausdrücklich verneint[63] und von Forderungsrecht, Forderndürfen und Anspruch (verlangen dürfen), wo das Gesetz diese Ausdrücke streng vermeidet.

Unabweisbar ist daher die Frage, was diese Ausdrücke in der ihr von Enneccerus gegebenen Verwendung bedeuten sollen. In welchem Sinne ist es insbesondere zu verstehen, daß der Quasigläubiger auch im Falle einer sogenannten Naturalobligation eine Leistung fordern (verlangen) darf?

Es unterliegt keinem Zweifel, daß, wenn der Vater oder die Mutter einer zum zweiten Male sich verheiratenden Tochter, der die von ihr aus Anlaß ihrer ersten Verheiratung empfangene Aussteuer (es soll angenommen werden aus ihrem eigenen Verschulden) verloren gegangen ist, eine zweite angemessene Aussteuer gewährt, die Vorschriften der §§ 814, 1624 BGB. eingreifen. Das als Aussteuer Gewährte kann also von dem Gewährenden nicht zurückgefordert werden und hat nicht den Charakter der Schenkung. Enneccerus nimmt mit Rücksicht hierauf trotz dem das direkte Gegenteil bestimmenden § 1622 an, daß die Tochter gegen den Vater bezw. die Mutter vor der tatsächlich erfolgenden Leistung ein wahres Forderungsrecht auf abermalige Aussteuerung hatte und diese also mit Recht fordern (verlangen) durfte[64].

Worin soll nun die rechtliche nnd praktische Bedeutung dieses Forderndürfens gefunden werden? An die Ausübung dieses Rechtes durch Erhebung der Leistungsklage ist natürlich nicht zu denken. Aber auch eine Klage auf Feststellung des vermeintlichen Rechtes zum Forderndürfen könnte keinen Erfolg haben, müßte vielmehr wegen § 1622 schlechthin abgewiesen werden[65]. Es kann also nur mehr ein außergerichtliches Forderndürfen in Frage kommen. Allein, welche Rechtsfolge wird zugunsten der Tochter ausgelöst, wenn sie in dieser Weise fordert? Vermag sie dadurch

[63] Vgl. BGB. §§ 656, 762, 1622, 1624.
[64] § 227 II 2 und 4 e.
[65] So auch Enneccerus selbst § 227 Anm. 3.

den Inhalt der Verpflichtung ihres sogenannten Schuldners zu steigern, kann sie diesen in Leistungsverzug versetzen und für die Folgen der Nichtleistung verantwortlich machen? Zweifellos nicht. Macht es also irgend einen Unterschied, ob die Tochter von ihrem Forderndürfen Gebrauch macht oder nicht? Es liegt nahe, auch dies unbedingt zu verneinen. Und doch würde man damit über das Ziel schießen. Denn wenn die Tochter hartnäckig fordert, so ist für den Angeforderten hinreichende Veranlassung zur Erhebung der Klage auf Feststellung gegeben, daß jene von Rechts wegen nichts zu fordern habe. Das Forderndürfen, in dem sich nach Enneccerus der Inhalt des Forderungsrechtes erschöpft, ist also nichts weiter als ein juristisches Phantom[66].

Es ist nicht uninteressant zu sehen, wie Enneccerus zu seiner Lehre gelangt ist. Er nimmt in den Fällen der sogenannten Naturalobligation eine wahre Forderung deswegen als vorhanden an, weil sie in dem Sinne erfüllt werden kann, daß die in Kenntnis der Nichterzwingbarkeit erfolgte Zahlung keine Schenkung ist und die in Unkenntnis der Nichterzwingbarkeit erfolgte Zahlung nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann[67]. Er übersieht aber dabei zwei Dinge.

Einmal, daß aus einer Rechtslage der beschriebenen Art für den eventuellen Empfänger der Leistung niemals ein rechtliches Forderndürfen abgeleitet werden kann. Er wird aber außerdem noch seiner eigenen sehr berechtigten Warnung ungetreu, daß man nicht aus der Anwendbarkeit von Vorschriften, die auch außerhalb des subjektiven Rechtsbegriffes gelten, auf das Dasein eines subjektiven Rechts schließen darf[68]. Nun treten uns aber die von Enneccerus für maßgebend erachteten Merkmale des Forderndürfens in gleicher oder doch ähnlicher Weise auch in Fällen entgegen, wo Enneccerus selbst sich genötigt sieht, das Vorhandensein einer Forderung zu leugnen.

---

[66] Dem Sinne nach ebenso Siber a. a. O. S. 27 (unter Z. 3).
[67] § 227 II.
[68] I 1 § 65.

Hatte A dem B 100 dafür versprochen, daß dieser den Hund des C vergifte, so entspringt daraus für den die Bedingung des Versprechens erfüllenden B gewiß kein Forderungsrecht. Trotzdem kann der A die dem B für den von diesem geleisteten Dienst bereits gezahlten hundert nicht mehr zurückfordern (§ 817). Enneccerus hebt ferner mit Recht hervor, daß ein formbedürftiges aber formlos gemachtes Bürgschaftsversprechen, ein formloses Schenkungsversprechen, ein formlos eingegangener Vertrag, laut dessen ein Teil zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück verpflichtet sein soll, eine gegen den Versprechenden sich richtende Forderung des Versprechensempfängers nicht begründet[69]. Ungeachtet dessen darf der Versprechensempfänger das versprechensgemäß Geleistete nicht nur behalten, sondern knüpft sich an die Bewirkung der Leistung nach den §§ 766, 518, 313 eine noch viel stärkere Wirkung als in den Fällen der von Enneccerus anerkannten Naturalobligationen. Es sei endlich noch daran erinnert, daß Enneccerus es, obschon zu denjenigen, welche wirksam leisten können, auch der Eigentümer einer haftenden Sache gehört, ablehnt[70], von einem gegen diesen als solchen sich richtenden Forderungsrecht des Pfand-, Hypotheken-, Grundschuldgläubigers zu sprechen.

Das kurze Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist, daß sich der von Enneccerus aufgestellte Begriff des Forderungsrechts nach keiner Richtung rechtfertigen läßt. Nach unserem positiven Recht ist das Forderungsrecht nicht ein inhalts- und bedeutungsloses Forderndürfen im Sinne von Enneccerus, sondern eine dem Gläubiger in Ansehung einer ihm in Aussicht gestellten Leistung dadurch verliehene Rechtsmacht, daß die Rechtsordnung zu dessen Gunsten eine auf Haftung beruhende Rechtspflicht des Schuldners eintreten läßt.

Während die bisher genannten Schriftsteller die Schwierigkeit des unserer Jurisprudenz durch das Institut der modernen Schuld-

[69] I 2 § 227 Anm. 5.
[70] § 72 I Anm. 4.

übernahme gestellten Problems nicht verkennen und sich bewußt sind, daß das Ringen nach Wahrheit die Gefahr des Irrens unvermeidlich mit sich bringt, weiß der jetzt noch zu nennende Schriftsteller — es ist Hellmann[71] — nicht einmal den Ton ruhiger Sachlichkeit zu finden, obschon man nach seinen in eine frühere Zeit fallenden Äußerungen[72] gerade von ihm volle Unbefangenheit hätte erwarten dürfen. Statt dessen redet er sich in einen blinden Eifer hinein, der ihn nicht einmal die krassen Widersprüche gewahr werden läßt, in denen sich seine Ausführungen bewegen. Darüber, daß Hellmann im Schuldübernahmevertrag einen Verpflichtungsvertrag d. h. einen Vertrag erblickt, durch den eine schuldrechtliche Verpflichtung neu begründet wird, zugleich aber auch einen rechtlichen Vorgang, durch den in der Person des Neuschuldners keine neue Verpflichtung erzeugt, sondern vielmehr nur die Sukzession des Neuschuldners in die Verpflichtung des Altschuldners vermittelt wird, ist schon weiter oben (S. 64) gesprochen worden.

Nicht minder widerspruchsvoll ist, was Hellmann über das Verhältnis von Schuld und Haftung zu sagen für gut findet. Die von ihm früher als erlösend gepriesene Ausprägung, welche der Obligationsbegriff durch Brinz erhalten hat, will er zwar auch heute nicht ganz verleugnen. Im Gegensatz zu seiner früheren Haltung wendet er sich jedoch jetzt mit unverhohlenem Ingrimm gegen die germanistische Lehre von Schuld und Haftung. Schon ihre Erwähnung versetzt ihn in einen schwer begreiflichen Aufregungszustand. Für die Wertung voraussetzungsloser rechtshistorischer Forschung, die uns enthüllt, wie es wirklich gewesen ist, scheint er kein Auge zu haben. Doch das mag auf sich beruhen. Jedenfalls spricht er der der Entwicklung des Obligationsbegriffes gewidmeten historischen Arbeit jeden dogmatischen Wert ab[73]. Ja er erkennt sogar mir das Verdienst zu, in meiner

[71] A. a. O. (vgl. oben S. 4 Anm. 2).

[72] KrVJSch. 37, S. 67 ff.

[73] Gegen diese Behauptung Hellmanns hat sich alsbald sehr entschiedener Widerspruch erhoben; vgl. Gareis, Moderne Bewegungen in der

Schuldübernahme — wenn auch gegen meine Intention — den zwingenden Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung geführt zu haben.

Nun ist es freilich richtig, daß ich mich den an die Ergebnisse der rechtshistorischen Forschung von einzelnen Schriftstellern — die übrigens untereinander keineswegs übereinstimmen — geknüpften konstruktiven Erörterungen gegenüber zum Teil recht skeptisch und in erheblichen Punkten sogar direkt ablehnend verhalte. Dies kann mich jedoch daran nicht irre machen, daß die quellenmäßige Herausarbeitung des Verhältnisses von Schuld und Haftung in hohem Maße geeignet ist, auf die Rechtsdogmatik befruchtend und Richtung gebend zu wirken. Wie sie uns die Bedeutung der Haftung zum Bewußtsein gebracht hat, so hat sie uns auch das Auge für dasjenige geschärft, was das Wesen der Schuld im Sinne von Schuldpflicht (Obligation) ausmacht.

Unsere heutige Rechtssprache trägt noch deutlich die Spuren der verschiedenen Entwicklungsphasen an sich, welche das germanische Schuldrecht in seinen Anfängen durchlaufen hat. Es dürfte kaum zu bezweifeln sein, daß die Schuld des ältesten germanischen Rechts, obschon möglicherweise schon von Rechts wegen mit einer Haftung verbunden, doch begrifflich als etwas von der Haftung Getrenntes und Unabhängiges zu denken ist[74]. Am Ende der Entwicklung steht jedoch die mit der Haftung organisch verbundene Schuld als die der obligatio des römischen Rechts (in ihrer passiven Bedeutung) gleichwertige *Schuldpflicht*[75]. Auf *jene* Auffassung weist im heutigen Sprachgebrauch die nicht selten vorkommende Wendung hin, daß „*für eine Schuld*" gehaftet werde, *diese*

Wissenschaft des deutschen Privatrechts, Münchener Rektoratsrede vom 30. November 1912, S. 23 (dazu Anm. 67 daselbst), *Oertmann* im JLitBl. 1913 S. 102, *Puntschart* in Goldschmidts Z. 71, S. 297 ff.

[74] Hierüber zuletzt *Puntschart* in Goldschmidts Z. 71, S. 310.

[75] Vgl. *Heusler*, Institutionen II, S. 225 ff.; *Huber* a. a. O. S. 841; v. *Gierke* in Kohlers Enzyklopädie, 1. Aufl. der Neubearbeitung, S. 523: „Allmählich erfolgte die *begriffliche Verbindung* von Schuld und Haftung als ‚Obligation'" (etwas anders, aber ähnlich in der zweiten Neubearbeitung, S. 267); *Puntschart* in Goldschmidts Z. 71 S. 302, 312, 324.

liegt überall dort zugrunde, wo von Verbindlichkeit, Verpflichtung des Schuldners die Rede ist. Eine Schuld in diesem Sinne hat das Vorhandensein einer schuldrechtlichen Haftbarkeit des Schuldners zur notwendigen Voraussetzung.

Die Dogmatik des heutigen Schuldrechts leidet darunter, daß die genannten zwei Bedeutungen von Schuld nicht immer scharf genug auseinander gehalten werden. Es darf daher nicht allzusehr Wunder nehmen, daß sich auch Hellmann in dieser Beziehung versündigt. Ihm steht schon von vornherein fest, daß Schuld im Sinne des heutigen Rechtes soviel bedeutet als schuldrechtliche Verpflichtung (Obligation). Eine Schuld aus der für den Gläubiger keinerlei Rechte erwachsen, ist ihm ein leerer Schall, und zum Wesen jeder Schuld, die mehr sein soll als ein Zustand, den die Römer als obligatio tantum naturalis bezeichnet haben, gehört nach seiner Ansicht das dem Gläubiger aus der Vermögenshaftung des Schuldners erwachsende Verfolgungsrecht. Dies alles ist für Hellmann so selbstverständlich, daß er jetzt[76] gar nicht mehr zu begreifen vermag, inwiefern die Entwicklung des altgermanischen Obligationenrechts für das richtige Verständnis des heutigen Obligationsbegriffs förderlich sein könne. Ja noch mehr. Die Anknüpfung an die germanistische Lehre von Schuld und Haftung erscheint ihm um so verkehrter, als man dadurch — so meint er wenigstens — die Schuld ohne Haftung in den Mittelpunkt des heutigen Schuldrechts stellen würde. Mag man die Art, in der Hellmann diesen Standpunkt begründet, aber auch als unerfreulich empfinden, so ist doch nicht das geringste dagegen einzuwenden, wenn er weit von der Auffassung derjenigen abrückt, welche in der Schuld im Sinne von Schuldpflicht ein auf sich selbst gestelltes d. h. von jeglicher Haftung unabhängiges Leistensollen erblicken[77]. Bei folgerichtiger Durchführung dieses Stand-

[76] Ganz anders an dem Anm. 72 a. O.

[77] Daß ich dieser Auffassung schon in meiner Schuldübernahme mit Entschiedenheit entgegengetreten bin, selbst auf die Gefahr hin, des mangelhaften Verständnisses für das Wesen der germanischen Schuld geziehen zu

punktes müßte Hellmann die Annahme einer bei der Schuldübernahme stattfindenden Sukzession in die Schuld offenbar verwerfen, da die zum Wesen der Schuldpflicht gehörende Haftung im gesetzten Falle auf eine völlig neue Grundlage gestellt wird[78].

Auf Folgerichtigkeit hat es jedoch Hellmann nicht abgesehen. Er sucht sich vielmehr der soeben hervorgehobenen Konsequenz seines eigenen Standpunkts zu entziehen und leistet sich zu diesem Zwecke den Satz[79]: „daß niemals jemand behauptet hat, durch die Schuldübernahme vollziehe sich eine Sondernachfolge in die Haftung Womit, sondern in Haftung Wofür". Was hiermit gesagt sein soll, ist — wie sich der Verfasser inzwischen selbst gestanden haben dürfte — so fehlerhaft ausgedrückt, daß es illoyal sein würde, dies durch Zergliederung erst noch zu erhärten. Trotzdem kann nicht zweifelhaft sein, worauf Hellmann hinaus will. Er ist bestrebt, wenigstens den Schein herzustellen, als ob der Neuschuldner bei der Schuldübernahme in die die Haftung in sich begreifende Schuldpflicht (Obligation) des Altschuldners wirklich sukzediere, und bedient sich zu diesem Zwecke schiefer und irreführender Wendungen. Überträgt man aber den von Hellmann getanen Ausspruch in richtiges Deutsch, so besagt er, daß der Neuschuldner bei der Schuldübernahme in die Haftung des Altschuldners überhaupt nicht sukzediert, sondern daß den Gegenstand der angeblichen Sukzession in die Schuld nur das „Wofür" der Haftung bildet. Nun ist aber das bloße „Wofür" der Haftung nach Hellmanns eigener Erklärung keine Schuld im Sinne von Schuldpflicht (Obligation), sondern nur Schuld in dem Sinne, in welchem zuerst die Germanisten bei der Entwicklung des altgermanischen Schuldrechtes die „Schuld" der „Haftung" gegenübergestellt haben.

---

werden, scheint Hellmann nicht einmal bemerkt zu haben. Richtig gesehen hat dagegen sofort Krückmann in Iherings J. 59, 37, der daselbst von dem Gegensatz spricht, in den ich zu gewissen Formulierungen der germanistischen Lehre gelangt bin.

[78] Siehe auch Heusler a. a. O. I S. 375.

[79] KrVJSch. 49, S. 514, 515.

So bietet uns also Hellmann das überraschende Schauspiel, daß gerade er, der leidenschaftliche Verächter der germanistischen Lehre von Schuld und Haftung in heimlicher Liebe zu ihr entbrennt und sie nach einer Richtung zu verwerten sucht, die nur einzuschlagen vermag, wer sich zu der von Hellmann ausdrücklich verworfenen[80] Lehre von der deutschrechtlichen Schuld im Sinne v. Gierkes bekennt.

V.

Die soeben vorgenommene Umschau hat uns neuerdings bestätigt, daß die für die Annahme einer bei der Schuldübernahme sich vollziehenden Schuldsukzession sich entscheidenden Schriftsteller genötigt sind, dabei einen von dem gesetzlichen Begriff der Schuld im Sinne von schuldrechtlicher Verpflichtung (Schuldpflicht) sich wesentlich abhebenden Schuldbegriff zu unterstellen. Darüber, wie dieser positiv zu bestimmen ist, besteht unter den genannten Schriftstellern volle Übereinstimmung jedenfalls nicht. Wir begegneten dabei zum Teil sogar Wendungen, die sich sofort als unhaltbar herausstellten. Verhältnismäßig am deutlichsten spricht sich v. Gierke aus. An seine Fassung wollen wir uns daher vorläufig halten.

Die deutschrechtliche Schuld v. Gierkes ist so beschaffen, daß sie das Vorhandensein eines Schuldverhältnisses im Sinne des § 241 BGB. nicht zur Voraussetzung hat. Da ihr Wesen sich nach v. Gierkes Auffassung in einem reinen, von jeglicher Haftung unabhängigen Leistensollen des Schuldners erschöpft, aus dem sich für den Schuldner keine Unterwerfung und für den Gläubiger keine wie immer geartete Macht ergibt, so wird sie von ihm auch in den Fällen der unvollkommenen Schuld, in Ansehung deren der Eintritt jeder Haftung durch das Gesetz ausgeschlossen ist, als vorhanden erachtet.

---

[80] Denn eine Schuld, aus der dem Gläubiger nicht das geringste Recht erwächst, ist ja doch für Hellmann, wie wir früher gesehen haben, „leerer Schall."

Die Auffassung v. Gierkes führt aber auch darüber noch weit hinaus. Eine Schuld in seinem Sinne liegt auch bei bloßer Sachhaftung für ein gläubersches Bekommensollen vor[81] und nicht minder in den Fällen des formlosen Schenkungsversprechens, der formlosen Verbürgung und der ohne Beobachtung der im § 313 vorgeschriebenen Form gemachten vertragsmäßigen Zusage der Eigentumsübertragung an einem Grundstück. Zu jener Entscheidung bekennt v. Gierke sich ausdrücklich. Diese Entscheidungen ergeben sich mit Notwendigkeit aus der geschichtlichen Grundlage, welche v. Gierke seiner Lehre zu geben sucht.

Er vertritt die Ansicht, daß die Schuldverträge des älteren deutschen Rechts formlos, die Haftungsverträge dagegen, formbedürftig waren, nimmt aber außerdem noch an, daß eine Haftung für das durch formlosen Schuldvertrag Versprochene auch durch Empfang von vermögenswertem Entgelt für das Versprochene begründet werden konnte[82]. Ob und in welchem Maße diese Behauptungen zutreffen, ist bekanntlich streitig[83] und wird sich nur durch sorgfältig geführte Spezialuntersuchungen ermitteln lassen.

Für die Beurteilung der dogmatischen Auffassung v. Gierkes ist jedoch eine Überprüfung der genannten historischen Prämissen nicht erforderlich. Wir werden vielmehr, um uns mit jener vollständig vertraut zu machen, gut tun, diese noch einen Schritt weiter zu verfolgen. Wir finden nämlich bei v. Gierke insbesondere noch ausgeführt, daß der formlos geschlossene gegenseitige Vertrag im älteren deutschen Recht zwar ein beiderseitiges Schuldverhältnis aber kein Haftungsverhältnis begründete: „Jeder Teil schuldet, allein keiner von beiden Teilen haftet und jeder von ihnen kann sich vom Vertrage lossagen". „Sobald dagegen

[81] Schuld und Haftung, S. 20, 22 ff., 99.

[82] A. a. O. S. 120 ff.

[83] Vgl. bereits Sohm, Recht der Eheschließung (1875), S. 24 ff., 34 ff., 78 ff. und aus neuerer Zeit v. Amira in ZRG. (germ. Abt.) 31, S. 394 ff., Wadiation (1911), S. 20 ff. und Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts [2], S. 432 ff.

ein Teil sein Versprechen erfüllt hat, wird der andere Teil kraft des Empfanges der ihm geschuldeten Leistung für das Halten wie für das Erfüllen seines eigenen Versprechens verhaftet." „Der Vorleistende kann das Geleistete nicht] zurückfordern, da er ja geleistet hat, was er schuldete" [84].

Es ist v. Gierke gewiß zuzugeben, daß eine Rechtsordnung einen formlos geschlossenen gegenseitigen Vertrag, also zum Beispiel einen solchen Kaufvertrag bezüglich des Eintritts der Haftung so behandeln kann, wie von ihm vorausgesetzt wird [85]. Tut sie dies wirklich, so bildet ein derartiger Vertrag zweifellos einen relevanten Tatbestand, auf dessen Grundlage sich eine Schuldpflicht, wenigstens unter Umständen, entwickeln kann. Hiermit begnügt sich jedoch v. Gierke nicht, er läßt vielmehr aus dem Vertrage für jeden Teil schon sofort eine Schuld im Sinne eines gegenwärtigen Leistensollens entstehen und enthüllt dadurch erst vollständig, wie es mit dem Leistensollen bestellt ist, in dem sich nach seiner Auffassung das Wesen der deutschrechtlichen Schuld erschöpft.

Inwiefern darf und kann man im vorausgesetzten Falle, solange noch keine der beiden Parteien geleistet und dadurch eine Verpflichtung der anderen Partei zur Leistung ausgelöst hat, sagen, daß jede der Parteien leisten soll? Und ist es insbesondere wahr, daß die zuerst leistende Partei durch ihre Vorleistung einem Leistensollen entspricht? In der Schrift über Schuldnachfolge und Haftung versucht v. Gierke seine Charakterisierung der deutschrechtlichen Schuld also zu rechtfertigen [86]: „Spricht man von Sollen nur bei erzwingbarem Rechtsgebot, so

[84] Schuld und Haftung, S. 84; vgl. auch S. 265 ff.

[85] Eine interessante Bestimmung verwandten Charakters enthält das BörsenG. § 57: „Ein nicht verbotenes Börsentermingeschäft gilt als von Anfang an verbindlich, wenn der eine Teil bei oder nach dem Eintritte der Fälligkeit sich dem anderen Teile gegenüber mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt und der andere Teil diese Leistung an ihn bewirkt hat." Vgl. bezüglich der nicht verbotenen, aber grundsätzlich unwirksamen Börsenterminsgeschäfte übrigens noch S. 16 Anm. 37.

[86] S. 42 Anm. 2.

kann man bei einer sogenannten Naturalobligation weder vom Gläubiger sagen, daß er bekommen soll, noch vom Schuldner, daß er leisten soll. Versteht man dagegen unter Sollen jede Determination eines Geschehens als eines solchen, das sich dem Rechte nach ziemt, und somit, wenn es eintritt, als Erfüllung eines Postulates der Rechtsordnung erscheint, so begründet die haftungslose Schuld so gut für den Schuldner ein Leistensollen wie für den Gläubiger ein Bekommensollen." Selbst wenn wir an den uns hier beschäftigenden Sachverhalt diesen bescheidenen Maßstab anlegen, so ist von einem der Leistung der vorleistenden Partei vorangehenden Leistensollen nichts zu entdecken. Dadurch, daß der eine Teil die Vorleistung anbietet und der andere Teil sie annimmt, wird nur die rechtliche Voraussetzung erfüllt, unter welcher eine Verpflichtung des annehmenden Teiles zur Entstehung gelangt. Unzulässig ist es dagegen in betreff des Vorleistenden zu sagen, daß er durch seine Vorleistung einem wenn auch unerzwingbaren *Rechtsgebote* entsprach[87]. Die denkbar geringste Anforderung, die erfüllt sein muß, wenn von einem Rechtsgebot die Rede sein soll, ist die, daß das Verhalten des das Gebot Nichtbeachtenden sich als *ein dem Willen der Rechtsordnung zuwiderlaufendes*, d. h. als *ein widerrechtliches darstellt*. Hiervon kann aber in unserem Falle nicht die Rede sein, und das Vorliegen eines Rechtsgebotes ist daher nicht anzuerkennen. Die Rechtsordnung gebietet keinem der beiden Teile die Vornahme der Vorleistung, sondern stellt sie vielmehr in deren *freies Belieben* und sie läßt dieses sogar nach der Richtung maßgebend sein, daß die von dem einem Teil angebotene Vorleistung von dem andern Teil ohne weiteres zurückgewiesen werden kann. Sowohl derjenige Teil, welcher das Angebot der Vorleistung unterläßt, als auch derjenige, welcher die ihm angebotene Vorleistung zurückweist, verstößt dadurch nicht gegen ein

[87] Vgl. auch v. *Amira*, Nordgerm. Obligationenrecht I, S. 336 f. und Grundriß des germanischen Rechts [3], S. 226.

Postulat der Rechtsordnung, sondern verhält sich durchaus dem Rechte gemäß.

In Anwendung des Gesagten auf das heutige Recht ist noch beizufügen, daß auch derjenige, welcher formlos die Eigentumsübertragung eines Grundstücks verspricht, oder ein formloses Schenkungsversprechen macht, oder sich, obschon die Beobachtung einer Form erforderlich wäre, formlos verbürgt, sich dem Rechte gemäß verhält, wenn er die Auflassung des Grundstücks nicht anbietet, das Schenkungsversprechen unerfüllt läßt, den verbürgten Betrag nicht leistet.

Einen Beweis dafür, daß in dem vorher besprochenen Falle des älteren deutschen Rechts der Vorleistung des einen Teils eine Schuld im Sinne des Leistensollens vorangegangen war, glaubt v. Gierke[88] in folgendem Umstand erblicken zu können: Während bei den Innominatkontrakten des römischen Rechts der Vorleistende, solange die Gegenleistung noch nicht erfolgt war, die Möglichkeit hatte, statt diese mit der actio praescriptis verbis zu verlangen, das seinerseits Geleistete mit der condictio causa data causa non secuta wieder zurückzubegehren, war dem Vorleistenden nach deutschem Recht solche Zurückforderung versagt. Den Grund dafür findet v. Gierke darin, daß der Vorleistende ja nur geleistet hatte, was er schuldete, d. h. schon vor seiner Leistung hätte leisten sollen.

Diese auch von anderen beliebte Art der Beweisführung ist schon bei Besprechung der Auffassung von Enneccerus als fehlgehend bezeichnet worden[89]. Zur Bekräftigung des dort Ausgeführten mag noch folgendes hervorgehoben werden. Im heutigen Recht sind die Fälle nicht selten, in denen dem Schuldner eine facultas alternativa zusteht, vermöge deren er sich von der Leistung des Geschuldeten durch Bewirkung einer Leistung befreien kann, die er nicht schuldet. Macht er von dieser facultas Gebrauch,

---

[88] Schuld und Haftung, S. 84 f., insbesondere Anm. 18.
[89] Siehe oben S. 86 f.

so kann er das kraft ihrer Geleistete natürlich nicht mehr zurückfordern. Es sei ferner auf die im heutigen Rechtsleben sehr häufig vorkommenden sogenannten Optionsverträge hingewiesen, die jüngsthin Raape in seiner Schrift über die Wollensbedingung (1913) zum Gegenstand anregender Erörterung gemacht hat[90]. Ein solcher Vertrag liegt zum Beispiel auch vor, wenn jemand sich von einem anderen für den Fall, daß er diesem innerhalb bestimmter Frist einen Gegenstand, zu dessen Leistung er nicht verpflichtet sein will und soll, leistet, eine Gegenleistung versprechen läßt. Selbstverständlich kann der zwecks Erlangung des unbedingten Anspruchs auf die Gegenleistung leistende Versprechensempfänger das Geleistete nicht zurückfordern. Wie in den oben genannten Fällen des heutigen Rechts, so kann also auch in dem von v. Gierke herangezogenen Falle des älteren deutschen Rechts aus der Nichtkondizierbarkeit einer Leistung nicht gefolgert werden, daß dem Leistenden ein rechtliches Sollen zur Vornahme der Leistung oblag.

Unser Ergebnis ist somit, daß v. Gierkes Lehre von der deutschrechtlichen Schuld dogmatisch nicht zu leisten vermag, was ihr Verkünder sich von ihr verspricht. Dagegen zwar, daß v. Gierke mit vielen anderen von einer Schuld ohne Haftung redet, ist kein grundsätzliches Bedenken zu erheben. Kann die Mehrdeutigkeit des Ausdrucks „Schuld" nicht geleugnet und kann insbesondere nicht bestritten werden, daß dieser Ausdruck auch zur Bezeichnung desjenigen üblich ist, wofür gehaftet wird, so gelangt man auf Grund folgender Erwägung auch zur einwandfreien Verwendung des Ausdrucks Schuld ohne Haftung. Es gibt Tatbestände, durch die das Wofür einer eventuellen Haftung, also desjenigen, was jemand eventuell zu leisten haben wird, schon im Voraus für den Fall festgelegt ist, daß der bereits vorhandene Tatbestand noch eine Ergänzung durch ein weiteres Tatbestandsmoment erfährt, an dessen Verwirklichung der Eintritt der Haftung geknüpft ist. Hierher gehört im älteren deutschen

[90] A. a. O. S. 36 ff.

Recht der Fall des formlosen gegenseitigen Vertrags, auf Grundlage dessen es zu einer Haftung erst kommt, nachdem der eine Teil Vorleistung angeboten und der andere Teil sie angenommen hat, und nach heutigem Recht der Fall des § 313 BGB.[91]. Hier kann man unbedenklich das schon jetzt inhaltlich bestimmte Wofür der in Aussicht genommenen Haftung als Schuld ohne Haftung bezeichnen. Unzutreffend ist es jedoch, wenn in die Schuld in diesem Sinne schon ein gegenwärtiges Leistensollen hineingelegt werden will. Richtig ist nur so viel, daß in Fällen dieser Art durch die Festlegung des Wofür einer späteren schuldrechtlichen Haftung für den Fall, daß diese eintritt, natürlich auch festgelegt ist, was der eventuelle Gläubiger zu bekommen und der eventuelle Schuldner zu leisten haben wird[92]. In Abrede zu stellen ist jedoch das Vorhandensein eines gegenwärtigen Bekommen- und Leistensollens.

Hat man sich mit der Annahme einer Schuld ohne Haftung einmal vertraut gemacht, so wird man unter diese Kategorie aber auch diejenigen Fälle zu bringen haben, in denen der Eintritt einer Haftung zwar ausgeschlossen ist[93], die freiwillige Leistungs-

---

[91] Siehe auch den schon in Anm. 85 berufenen § 57 BörsG.

[92] In ähnlicher Weise kann durch einen rechtlich relevanten Tatbestand die Bestimmtheit des Wofür einer eventuellen Sachhaftung gegeben sein. Hierher gehört der bereits auf S. 16 Anm. 37 erwähnte Fall des § 54 BörsG. Ebenso verhält es sich aber auch in dem von mir (Schuldübernahme, S. 292/62) erwähnten Fall der Hingabe eines Darlehens mit der Beifügung, daß der Geber die Rückzahlung zwar jederzeit annehmen, aber keinesfalls fordern werde, wenn der Empfänger dem Geber später statt der Baarleistung einen (beweglichen) Wertgegenstand, aus dem sich dieser befriedigen möge, übergibt. Die Wirksamkeit der Sicherheitsleistung wird nicht zu bezweifeln sein. Eine Schuldpflicht des Empfängers liegt freilich nach der Sicherheitsleistung ebensowenig vor, als eine solche vorher vorlag. Das Vorhandensein einer Schuldpflicht hatte ich aber auch in meiner Schuldübernahme niemals behauptet (wie ich Siber, S. 29 gegenüber feststellen muß). Schuld im Sinne der Bestimmtheit des Wofür der Haftung ist eben etwas ganz anderes als Schuld im Sinne von Schuldpflicht. Es braucht kaum noch beigefügt zu werden, daß dem Geber im vorausgesetzten Falle ein Gläubigerrecht erst aus der ihm bestellten Sicherheit erwächst.

[93] Zurückhaltender noch meine Schuldübernahme, S. 291/61.

bewirkung hinsichtlich des Behaltendürfens des Empfängers aber trotzdem als Erfüllung einer Verbindlichkeit behandelt wird[94]. Eine rechtserhebliche Leistungsbestimmtheit besteht auch hier. Von Bedeutung ist sie aber nur nach der soeben bezeichneten Richtung, also nur in sehr beschränktem Maße. Ein Gebot zur Vornahme der Leistung läßt die Rechtsordnung nicht ergehen und in der Unterlassung der durch ein rechtliches Sollen nicht geheischten Leistung liegt auch nicht ein dem Rechte zuwiderlaufendes Verhalten[95].

[94] Daß das Gesetz selbst den Ausdruck Schuld in diesem Sinne verwendet, beweist § 762 Abs. 2, wo von „Spiel"- bezw. „Wettschuld" die Rede ist.

[95] Aus dem schon weiter oben angegebenen Grunde kann in den hierher gehörenden Fällen auch von einem unerzwingbaren Rechtsgebote nicht die Rede sein. Rechtsgebote dieser Art spielen besonders auf dem Gebiete des Völkerrechts und des Staatsrechts eine nicht unwichtige Rolle. Die Rechtsordnung ist hier mitunter genötigt, auf die Anwendung eines normalen Rechtszwanges völlig zu verzichten, sei es, weil es ihr an den dazu erforderlichen Machtmitteln fehlt, sei es, weil die an sich mögliche Ausübung eines Rechtszwanges die Autorität öffentlicher Gewalten untergraben würde. Trotzdem heischen solche Rechtsgebote von denjenigen, welche sie angehen, schlechthin Befolgung und wird ihre Nichtbeachtung von Seiten der Rechtsordnung als Widerrechtlichkeit gebrandmarkt. Die praktischen Folgen einer derartigen Widerrechtlichkeit sind daher auch unabsehbar. Auf dem Gebiete des Völkerrechts veranlaßt das völkerrechtswidrige Verhalten des einen Staates nicht selten die Kriegserklärung von Seiten des anderen Staates, die dann völkerrechtlich als gerechtfertigt erscheint. Auf dem Gebiete des Staatsrechts haben es die Parlamente in der Hand, durch Anwendung der in den Verfassungen vorgesehenen Mittel die entsprechende Remedur zu schaffen. Ein nicht erzwingbares privatrechtliches (aber nicht schuldrechtliches) Rechtsgebot enthält BGB. § 1353, wo ausgesprochen ist, daß Ehegatten einander zu ehelicher Lebensgemeinschaft verpflichtet sind. Zeigt sich das Vorhandensein einer Rechtspflicht auch darin, daß im Falle ihrer Verletzung geklagt und eine Verurteilung des Verklagten auf Herstellung des ehelichen Lebens erwirkt werden kann, so ist doch eine hierauf gerichtete Zwangsvollstreckung aus guten Gründen ausgeschlossen (ZPO. § 888 Abs. 2). Die große Bedeutung der bezeichneten Pflicht als Rechtspflicht tritt aber dann wieder darin hervor, daß nach Maßgabe von BGB. §§ 1567, 1568 wegen böslicher Verlassung bezw. wegen schwerer Verletzung der durch die Ehe begründeten Verpflichtungen auf Scheidung geklagt werden kann. Von ganz anderer Art als die soeben erwähnten Fälle sind die Fälle des Textes. Man stellt sich mit dem Gesetz in Widerspruch, wenn man auch bei ihnen von einem zwar unerzwingbaren, aber doch schlechthin Befolgung heischenden

Den Ausnahmefällen der Schuld ohne Haftung stehen die Regelfälle der Schuld mit Haftung gegenüber. Wie bei jener Wendung, darf man aber auch bei dieser den Ausdruck Schuld nicht im Sinne von Schuldpflicht verstehen. Denn die Schuldpflicht als das auf schuldrechtlicher Haftung beruhende Leistensollen kann nicht zugleich etwas sein, wozu die Haftung erst hinzutritt.

Was hat man sich aber dann unter der Schuld, für welche gehaftet wird, und deren Wesen nach v. Gierke durch den Hinzutritt der Haftung keine Änderung erfährt, zu denken? Die Antwort kann vom Standpunkt v. Gierkes nur lauten: Das Leistensollen. Hiernach hätte man es also bei der Schuld mit Haftung mit einem doppelten Leistensollen zu tun: mit dem auf der schuldrechtlichen Haftung beruhenden Leistensollen (= Schuld im Sinne von Verpflichtung, Schuldpflicht, Obligation) und mit dem von der Haftung unabhängigen und durch deren Hinzutritt in seinem Wesen

---

Rechtsgebot und einer diesem entsprechenden, der freiwilligen Leistung vorhergehenden Rechtspflicht redet. Besteht aber keine Rechtspflicht zur Leistung, so darf auch nicht von einem rechtlichen Sollen geredet werden. Auch auf dem Gebiet des Schuldrechts kommt es zwar vor, daß die Rechtsordnung Rechtspflichten aufstellt, bezüglich deren sie einen direkten Zwang zur Erfüllung versagt. So verhält es sich nach ZPO. § 888 Abs. 2 im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag. Eine Rechtspflicht zur Leistung liegt trotzdem vor. Denn der Dienstpflichtige ist wegen der von ihm zu vertretenden Nichtleistung der ihm obliegenden Dienste verantwortlich und daher schadensersatzpflichtig. Wo die Rechtsordnung dagegen jemanden — wie in den Fällen des Textes — wegen Nichtbewirkung einer Leistung in keiner Weise verantwortlich macht und diese Nichtbewirkung nicht einmal als widerrechtlich stigmatisiert, bedeutet die Verwendung der Ausdrücke Rechtspflicht und rechtliches Leistensollen einen Mißbrauch der Sprache. Nicht unbeachtlich dürfte folgende Erscheinung sein: Wenn ein Dritter ein von jemand formlos gemachtes Schenkungsversprechen oder dessen Spielschuld erfüllt, so kann derjenige, für welchen in dieser Weise geleistet wurde, die Zumutung, daß er sich in Ansehung des Geleisteten als vom Leistenden beschenkt betrachte, natürlich zurückweisen (BGB. § 516). Erfolgt diese Zurückweisung, so ist aber gegen ihn, dafern feststeht, daß er sich zur Bewirkung der Leistung keinesfalls veranlaßt gesehen haben würde, auch nicht ein Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung begründet.

unberührt bleibenden Leistensollen (= der deutschrechtlichen Schuld v. Gierkes). Allein es ist unverständlich, wozu wir neben jenem rechtlichen Leistensollen dieses zweite Leistensollen überhaupt brauchen. Bei der Schuld ohne Haftung haben wir ein solches Leistensollen nicht zu finden vermocht. Ist es aber bei ihr nicht vorhanden, so kann es als etwas von der Haftung Unabhängiges auch in der Schuld mit Haftung nicht enthalten sein. Die deutschrechtliche Schuld v. Gierkes bewährt sich also nach keiner Richtung.

Durch die gegen die Konstruktion v. Gierkes gerichteten Ausführungen bleibt jedoch unerschüttert, daß der Ausdruck Schuld neben der Bedeutung, zufolge deren sie das auf schuldrechtlicher Haftung beruhende Leistensollen ist, noch eine andere Bedeutung hat. Die denkbar weiteste Begriffsbestimmung der Schuld in diesem anderen Sinne ist gegeben, wenn wir sie als einen in rechtserheblicher Weise bestimmten und jemandem in eventuelle Aussicht gestellten Erfolg bezeichnen, der regelmäßig direkt oder indirekt durch Haftung bereits gesichert oder doch einer solchen nachträglichen Sicherung fähig ist, dessen Bestimmtheit im Falle der freiwilligen Herstellung des Erfolges ein gewisses Maß rechtlicher Bedeutung aber selbst dann zukommt, wenn der Eintritt einer Haftung für den Erfolg durch die Rechtsordnung ausgeschlossen ist[96]. Schon der primär in Aussicht genommene Erfolg[97] ist regelmäßig so geartet, daß er durch eine Leistung bestimmten Inhalts verwirklicht werden kann. Wo dies ausnahmsweise nicht zutrifft, gilt es aber doch für den sekundären Erfolg, der für den Fall in Aussicht genommen ist, daß der primäre Erfolg nicht eintritt. An die Bewirkung der bezeichneten Leistung knüpft sich bei jeder Schuld mit Haftung — und von einer solchen darf man nach Maßgabe

[96] Obschon die Darlegung des Textes mehrfach an germanistische Auffassungen anknüpft und sie zu verwerten sucht, so dürften sich doch zwischen ihr und der Auffassung selbst derjenigen Germanisten, denen ich am nächsten zu stehen glaube, vielleicht noch manche Differenzen ergeben. Sie scheinen mir aber Ausgleichung nicht auszuschließen.

[97] Vgl. hierzu oben S. 24 f.

des festgestellten Sprachgebrauchs auch bei bloßer Sachhaftung[98] reden — die bedeutsame Folge, daß durch sie die Haftung gelöst wird.

Handelt es sich um ein echtes Schuldverhältnis, zufolge dessen der Schuldner dem Gläubiger in Ansehung einer zu erbringenden Leistung schuldrechtlich haftet, so tritt uns sofort die Doppelbedeutung des Ausdrucks Schuld entgegen. Denn wenn man mit Bezug auf ein solches Verhältnis von Schuld spricht, so kann man dabei zunächst an die Schuld im Sinne von Schuldpflicht, also an das auf schuldrechtlicher Haftung beruhende Leistensollen des Schuldners denken oder aber an die Schuld im Sinne des Wofür der Haftung, was man umschreibend auch als dasjenige bezeichnen kann, wozu der Schuldner dem Gläubiger verpflichtet ist und was demgemäß der Gläubiger vom Schuldner zu fordern hat (id quod debetur).

Da die Vertreter der Sukzessionstheorie bei der Schuldübernahme nun unter der Schuld, in welche der neue Schuldner angeblich sukzedieren soll, das auf der konkreten schuldrechtlichen Haftung beruhende Leistensollen gewiß nicht verstehen, so kann für sie als Gegenstand der Sukzession nur mehr die Schuld in der festgestellten zweiten Bedeutung in Betracht kommen. Denn jeder Versuch innerhalb des Schuldverhältnisses im Sinne des § 241 eine Schuld zu konstruieren, die weder das auf der schuldrechtlichen Haftung beruhende Leistensollen, noch das Wofür der Haftung ist, hat sich als unmöglich erwiesen.

VI.

Das endgültige Urteil über die Sukzessionstheorie hängt jetzt nur mehr davon ab, ob der durch das zwischen dem Altschuldner und dem Gläubiger bestehende Schuldverhältnis gegebene Inhalt der jenem obliegenden Leistung etwas ist, in was überhaupt suk-

[98] Fehlt es bei bloßer Sachhaftung auch an einer Schuld im Sinne von Schuldpflicht, so liegt bei ihr doch eine Schuld in dem hier dargelegten Sinne vor. Der Ausdruck Grundschuld ist daher unbedenklich.

zediert werden kann. Es ist unzweifelhaft und unbezweifelt, daß eine Sukzession im technischen Sinne *nur in Rechtsverhältnisse* stattfinden kann. Nicht minder zweifellos ist aber, daß ein bestimmter Leistungsinhalt, so bedeutungsvoll er *innerhalb* eines Rechtsverhältnisses nach verschiedenen Richtungen hin sein kann, *für sich allein niemals ein Rechtsverhältnis* ist, sondern immer nur *eine* der Voraussetzungen und somit *in keinem Falle die einzige* Voraussetzung für das Dasein eines Rechtsverhältnisses bildet. Dies gilt ausnahmslos für alle Fälle, in denen die Bestimmtheit einer Leistung rechtlich beachtlich ist. Eine Schuldpflicht hat zwar Bestimmtheit (oder doch wenigstens Bestimmbarkeit) der geschuldeten Leistung zur unumgänglichen Voraussetzung. Das in § 241 bezeichnete Rechtsverhältnis (Schuldverhältnis) kommt aber nur zur Entstehung, wenn zugleich auch die Voraussetzung dafür gegeben ist, daß für die Leistung schuldrechtlich gehaftet wird. Nicht anders verhält es sich mit dem Bestimmtsein der Leistung, durch welche eine Sachhaftung gelöst werden kann. Sie hat rechtliche Bedeutung nur innerhalb einer bereits bestehenden Sachhaftung oder innerhalb einer Rechtslage, durch die sich der Eintritt einer Sachhaftung wenigstens vorbereitet[99]. In den Fällen der sogenannten Naturalobligationen muß außer der Bestimmtheit der Leistung auch ein Sachverhalt vorliegen, der die Rechtsordnung veranlaßt, an die freiwillige Leistung die in den §§ 656, 762 u. a. bestimmte Wirkung zu knüpfen. Soll ferner die in den §§ 313, 518, Abs. 2, 766 Satz 2 vorgesehene Wirkung eintreten, so muß die inhaltlich bestimmte Leistung doch formlos versprochen gewesen sein.

Die rechtliche Natur der Schuldübernahme bringt es mit sich, daß diese nur praktisch werden kann, wenn sie an ein echtes Schuldverhältnis im Sinne des § 241 anknüpft. Kommt sie

---

[99] Man denke z. B. an den Fall, daß der Eigentümer eines Grundstücks einem anderen eine den Anforderungen der GBO. entsprechende Urkunde ausgehändigt hat, laut deren er diesem die Eintragung einer Grundschuld von bestimmter Höhe bewilligt.

wirklich zustande, so tritt bei der kumulativen Schuldübernahme neben die schuldrechtliche Haftung und das auf ihr beruhende Leistensollen des Altschuldners die neu begründete schuldrechtliche Haftung und das ihr entsprechende Leistensollen des Neuschuldners, während bei der privativen Schuldübernahme jene Haftung (jenes Leistensollen) durch diese Haftung (dieses Leistensollen) ersetzt wird. Rechtliche Bedeutung für das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer erhält also der Inhalt der vom Altschuldner geschuldeten Leistung nur dadurch, daß er in den Schuldübernahmevertrag als das Wofür der Haftung aufgenommen ist. Abgesehen von dieser neu begründeten und somit nicht durch Sukzession vermittelten schuldrechtlichen Haftung des Neuschuldners besteht zwischen dem Neuschuldner uud dem Gläubiger überhaupt kein selbständiges Rechtsverhältnis und kann ein solches daher auch nicht im Wege der Sukzession vom Altschuldner auf den Neuschuldner übergegangen sein.

Zwecks vollständiger Klärung mag übrigens noch ein Blick auf verwandte Erscheinungen geworfen werden. Wir ziehen zunächst das Vorkaufsrecht heran. Gibt der Vorkaufsberechtigte die in § 505 BGB. vorgesehene Erklärung ab, so kommt dadurch der Kaufvertrag zwischen ihm und dem Vorkaufsverpflichteten nach Maßgabe der zwischen diesem und dem Dritten vereinbarten Bestimmungen zustande. Hiernach hat also insbesondere auch die Kaufpreisverpflichtung des Vorkaufsberechtigten den diesen Bestimmungen entsprechenden Inhalt. So wenig als dieser Vorgang ungeachtet der Herübernahme des Verpflichtungsinhalts aus dem Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten in den Kaufvertrag zwischen jenem und dem Vorkaufsberechtigten zu seiner Erklärung der Annahme einer Schuldsukzession bedarf oder sie auch nur verträgt, so wenig trifft die analoge Annahme bei der Schuldübernahme zu.

Mit der kumulativen Schuldübernahme berührt sich der dem deutschrechtlichen „Geloben zum Pfande“ [100] entsprechende Fall,

[100] Darüber Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 463 ff.

daß der Eigentümer eines mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks durch Vertrag mit dem Gläubiger auch die persönliche Haftung übernimmt. Der privativen Schuldübernahme stehen dagegen wieder die Fälle nahe, in denen nach § 1001 BGB. an Stelle der bloßen Sachhaftung für die vom Besitzer auf die Sache gemachten Verwendungen von Rechts wegen die schuldrechtliche Haftung des Eigentümers und dann unter Umständen an Stelle dieser wieder die bloße Sachhaftung tritt[101]. Die genannten Gestaltungen sind so beschaffen, daß der Gedanke einer Sukzession bei ihnen nicht einmal auftauchen kann. Der Rückschluß auf die Schuldübernahme wird besonders dann zwingend, wenn man sich diese als zwischen dem beschränkt haftenden Erben und dem Nachlaßverwalter der erworbenen Erbschaft in Ansehung einer Nachlaßverbindlichkeit oder in Ansehung einer Erbenverbindlichkeit vorgenommen denkt. Mit einer Sukzession haben offenbar auch diese Vorgänge nichts zu schaffen[102], und da sie alle wesentlichen Merkmale der kumulativen bezw. privativen Schuldübernahme an sich tragen, gilt dasselbe für die Schuldübernahme überhaupt. Die bei der privativen Schuldübernahme eintretende Veränderung soll schließlich noch mit der dadurch eintretenden Veränderung verglichen werden, daß eine auf dem Grundstück x lastende Grundschuld kraft des Willens der Beteiligten durch die Belastung des Grundstücks y mit einer Grundschuld gleichen Inhalts ersetzt wird. Hinsichtlich dieses Falles kann die Beurteilung nach keiner Richtung zweifelhaft sein. Es wird allge-

---

[101] Dazu meine Schuldübernahme, S. 301/71.

[102] In den vorausgesetzten Fällen der Schuldübernahme war der Erbe schon vor deren Vornahme Schuldner, tritt aber hinsichtlich seiner Schuldnerschaft infolge der Schuldübernahme folgende Veränderung ein. Bei kumulativer Schuldübernahme entsteht zu Lasten des Erben neben dem ihn auf Grund seiner bisherigen schuldrechtlichen Haftung treffenden Leistensollen ein auf neuer schuldrechtlicher Haftung beruhendes zweites Leistensollen und bei privativer Schuldübernahme wird das auf der bisherigen schuldrechtlichen Haftung beruhende Leistensollen des Erben durch ein auf neuer schuldrechtlicher Haftung beruhendes Leistensollen ersetzt. Die Sukzessionstheorie steht diesen Vorgängen hilflos gegenüber.

mein anerkannt, daß die Entlastung des Grundstücks x und die Belastung des Grundstücks y nicht durch einen Sukzessionsvorgang vermittelt wird und daß somit auch das Recht des Gläubigers an dem Grundstück y ein anderes ist, als welches er früher an dem Grundstück x hatte. Der hier durchschlagende Grundgedanke greift auch bei der Schuldübernahme durch.

Klar ist freilich folgender Unterschied: Bei der Ersetzung der auf dem Grundstück x lastenden Grundschuld durch eine Grundschuld gleichen Inhalts an dem Grundstück y handelt es sich darum, ob das dingliche Recht des Gläubigers aus der Sachhaftung dasselbe bleiben kann, wenn dem ursprünglichen Gegenstand dieser Haftung rechtsgeschäftlich ein anderer substituiert wird. Bei der Schuldübernahme kann hierauf natürlich nicht abgestellt werden, da die schuldrechtliche Haftung und das auf ihr beruhende Recht des Gläubigers keinen sachenrechtlichen Charakter hat. Trotzdem ist das gläubigerische Recht wie bei der Sachhaftung, so auch bei der schuldrechtlichen Haftung durch den Entstehungsgrund der Haftung und damit zugleich durch dasjenige Womit der Haftung individualisiert, worauf sich diese vermöge ihres Entstehungsgrundes und der an ihn von Rechts wegen sich anknüpfenden weiteren Entwickelung überhaupt zu erstrecken vermag[103]. Innerhalb dieses Rahmens kann das Womit der Haftung mannigfache Veränderungen erfahren, ohne daß das Gläubigerrecht seinem Wesen nach hierdurch geändert wird. Zuzugeben ist freilich wieder, daß solche Veränderungen bei der schuldrechtlichen Haftung in viel stärkerem Maße möglich sind als bei der eine bestimmte Sache dinglich ergreifenden Sachhaftung. Eine bloße Änderung innerhalb des bezeichneten Rahmens liegt dagegen nicht mehr vor, wenn an Stelle der schuldrechtlichen

[103] Der entscheidende Punkt dabei ist, daß der Gläubiger durch den Entstehungsgrund seiner Forderung und der dieser gegenüberstehenden Schuldpflicht zum Vermögen desjenigen, zu dessen Lasten die Schuldpflicht entstanden ist, in bestimmte, sein Recht individualisierende Beziehung gesetzt ist. Weiteres hierüber vgl. unten S. 110 ff.

Haftung des bisherigen Schuldners zufolge Rechtsgeschäfts die schuldrechtliche Haftung eines anderen begründet wird.

Für das römische Recht besteht kein Streit darüber, daß der die Haftung des bisherigen Schuldners ersetzenden Haftung eines neuen Schuldners eine nova obligatio entspricht. Dies wird selbst von denjenigen Schriftstellern anerkannt, welche wie v. Salpius[104], Danz[105] und Wendt[106] das Wesen der heutigen Schuldübernahme schon in der römischen titulierten Novation[107] mit Schuldnerwechsel ausgeprägt finden. Besonders deutlich spricht sich in dieser Beziehung v. Salpius aus. Er definiert die Novation als „Tilgung (= „Aufhebung" a. a. O. S. 336) einer Obligation durch Eingehung einer neuen von gleichem Inhalt" (S. 493). Trifft dies schon für die Novation ohne Personenwechsel und für die Novation mit Gläubigerwechsel zu, so leuchtet doch die Notwendigkeit der Annahme einer nova obligatio ganz besonders bei der Novation mit Schuldnerwechsel ein, wo an die Stelle der schuldrechtlichen Haftung des Altschuldners die des Neuschuldners tritt[108].

Zu derselben Auffassung drängt die Entwicklung des deutschen Rechts. Wenn zwischen A und B der Inhalt einer von diesem in Aussicht gestellten Leistung derart festgelegt war, daß sich daran eine Haftung, obschon eine solche zunächst nicht eintrat, doch wenigstens anknüpfen konnte, und wenn hierauf der C in An-

---

[104] Novation und Delegation, S. 507 ff.

[105] Vgl. besonders dessen Ausführungen im ZivArch. 74, S. 292.

[106] Das allgemeine Anweisungsrecht, S. 268 ff.

[107] Über das Verhältnis der Schuldübernahme zur Novation vgl. meine Schuldübernahme S. 388 ff./158 ff. und jetzt die verwandten Ausführungen v. Tuhrs, S. 229.

[108] Wenn die im Texte genannten Schriftsteller bei der Novation mit Schuldnerwechsel trotzdem von einer Passivsukzession reden, so gebrauchen sie dabei den Ausdruck Sukzession in einem von der herrschenden Auffassung völlig abweichenden Sinne. Denn sie führen die nova obligatio nur insofern auf Sukzession zurück, als sie hinsichtlich des geschuldeten Leistungsinhalts mit der prior obligatio übereinstimmt. Vgl. gegen diese Verwendung des Sukzessionsbegriffs besonders Unger in Iherings J. 16, S. 399 ff.

sehung jener Leistung mit A einen auf Herbeiführung seiner Vermögenshaftung gerichteten Haftungsvertrag abschloß, so wurde er hierdurch zunächst nicht Schuldner, sondern bloßer Hafter. Einen zur Bewirkung der Leistung Verpflichteten gab es dabei überhaupt nicht. Die Entwicklung schritt aber bald hierüber hinaus. Schon frühzeitig begegnen wir im deutschen Rechtsleben Haftungsverträgen, laut deren der sein Vermögen für die Verwirklichung des zwischen A und B vereinbarten Schuldinhalts Einsetzende die Schuld zugleich als Selbstschuldner gelobte. Die Auffassung, daß das Recht des A eine Richtung gegen den C erhalten habe, weil C in Ansehung der Schuld des B dessen Sukzessor geworden sei, ist offenbar ausgeschlossen. Denn gegen den B hat und hatte A überhaupt kein Recht und was ihm an Recht zukommt, erlangt er vielmehr erst durch den mit dem C geschlossenen Haftungsvertrag. Rundweg abzuweisen ist aber auch die Annahme, daß zu Lasten des C doch wenigstens eine Sukzession in die haftungslose Schuld des A vorliege. Indem der C in Ansehung des zwischen A und B vereinbarten Leistungsinhalts seine Selbstschuldnerschaft gelobt, bestimmt er vielmehr das Wofür seiner Haftung wesentlich anders, als es ohne dieses Gelöbnis beschaffen sein würde. Ihm zufolge haftet C nämlich für die in Frage kommende Leistung nicht als bloßer Garant dafür, daß B leisten werde, sondern als ein solcher, der selbst zu leisten hat und trifft ihn aus diesem Grunde, und nicht wegen einer vermeintlichen Sukzession in die haftungslose Schuld, die dem Wofür der Haftung entsprechende Schuldpflicht.

Nimmt man an, daß zwischen A und B nicht bloß ein Schuldinhalt vereinbart war, sondern daß B dem A in Ansehung desselben auch haftete, und daß C hierauf dem A die Schuld als ein neben dem B haftender Selbstschuldner gelobt, so hat dieses Gelöbnis hier keine andere Bedeutung als im vorher erwähnten Falle. Wie sich uns dort die Unterstellung einer Schuldsukzession als ebenso überflüssig als unverständlich erwies, so gelangen wir hier zum gleichen Urteil. Beide Fälle unterscheiden sich nur da-

durch, daß in jenem überhaupt nur der C nicht auch der B schuldrechtlich haftet, während in diesem die Haftung des C neben die des B tritt. Nicht die geringste Verschiedenheit besteht dagegen hinsichtlich des Grundes der Selbstschuldnerschaft des C. Sie beruht wie dort so auch hier lediglich auf dessen Gelöbnis und irgend ein anderes als das durch dieses Gelöbnis geschaffene Rechtsverhältnis des C zum A ist nicht erweislich.

Zweifelhaft ist, ob die deutschrechtliche Entwicklung schon vor ihrer Beeinflussung durch das römische Novationsrecht zu einem Schuldübernahmevertrag im Sinne des § 414 BGB., d. h. zur Anerkennung eines Vertrags zwischen Übernehmer und Gläubiger gelangt war, zufolge dessen jener ohne weiteres an Stelle des sofort befreiten Altschuldners tritt. Es hat große Wahrscheinlichkeit für sich, daß der Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer zunächst zu einer kumulativen Haftung des Übernehmers neben dem Altschuldner führte und daß sich hieran erst ein besonderer zwischen dem Gläubiger und dem Altschuldner vereinbarter Exnexuationsvertrag anschloß[109]. Ein grundsätzliches Hindernis, das die mit dem Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer sich unmittelbar verknüpfende Befreiung des Altschulders ausgeschlossen hätte, ist jedoch nicht erfindlich. Sollte das Vorkommen von mit dieser Wirkung ausgestatteten Verträgen durch das zum großen Teil noch nicht durchforschte Urkundenmaterial nachgewiesen werden können, so würde dies unser Urteil bezüglich der Sukzessionsfrage nicht beeinflussen. Muß sie für den Fall der zunächst zu kumulativer Haftung führenden Schuldübernahme mit daran sich anschließender vertragsmäßiger Befreiung des Altschuldners verneint werden, so kann die Entscheidung auch dann nicht anders lauten, wenn die Befreiungswirkung unmittelbar an den Übernahmevertrag geknüpft ist. Auch bei dieser Gestaltung hat die schuldrechtliche Verpflichtung des Neuschuldners im Schuldübernahmevertrag ihren selbständigen Entstehungsgrund.

---

[109] S. darüber oben S. 71.

Nun wird freilich nach einer seit Windscheid und Gürgens fast tralatizisch gewordenen Formel ein tiefgreifender Unterschied zwischen römischem und deutschem Schuldrecht gerade darin gefunden, daß die in jenem nur bei der erbrechtlichen Universalsukzession zur vollen Anerkennung gelangte Nachfolge in die passive Seite der Obligation durch dieses weit über das römische Recht hinaus zur Geltung gebracht wurde. Der so gefaßten Formel kann aber auch von dem hier vertretenen Standpunkte aus unbedenklich beigetreten werden, ohne daß von dem bisher Gesagten auch nur das Geringste zurückgenommen zu werden braucht. Die nachweisbaren Fälle deutschrechtlicher Sukzession in die passive Seite der Obligation sind nämlich durchaus so geartet, daß bei ihnen der Übergang des den Gläubigern des bisherigen Schuldners haftenden und durch diesen Übergang nicht haftungsfrei werdenden Vermögens das Medium bildet[110], vermöge dessen die Ansprüche der Gläubiger eine Richtung gegen den Erwerber des übergegangenen Vermögens erlangen und dieser somit ihr Schuldner wird.

Es ist das unzweifelhafte Verdienst Berthold Delbrücks, diesen bedeutsamen Grundgedanken des deutschen Schuldrechts klar herausgearbeitet zu haben. Eine Abirrung vom richtigen Wege war es dagegen, wenn Delbrück in der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme eine jenen Fällen verwandte Erscheinung erblicken und nach deren Muster juristisch erfassen zu können glaubte. Delbrücks Gedankengang scheint folgender gewesen zu sein: Geht das Vermögen des bisherigen Schuldners auf Grund eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden auf einen neuen Erwerber über, so haftet dieser nach deutscher Rechtsauffassung — unbeschadet der fortdauernden Haftung des Veräußerers — mit dem erworbenen Vermögen von Rechts wegen für die zur Zeit des Vermögensüberganges begründeten Ansprüche der Gläubiger. Delbrück

[110] Dazu Delbrück a. a. O. S. 72.

ist es nun wesentlich darum zu tun, dem Gläubiger auch im Falle der zwischen dem Altschulder und dem Übernehmer vereinbarten Schuldübernahme schon auf Grund dieser — unbeschadet der fortdauernden Haftung des Altschuldners — einen gegen den Übernehmer sich richtenden Anspruch zu gewähren. Den Vergleichungspunkt zwischen dieser Art der Schuldübernahme und der Veräußerung eines mit Schulden belasteten Vermögens glaubte aber Delbrück darin zu finden, daß auch der seine Schuld auf einen anderen „übertragende" Altschuldner eine Vermögensveräußerung vornehme, indem er seine bisherige Schuld dem Übernehmer gegenüber aus seinem Passivvermögen ausschalte und diesen hierdurch in Ansehung der übernommenen Schuld zu seinem Sukzessor mache. Vom Standpunkt der Interessenabwägung aus schien ihm diese Entscheidung um so unbedenklicher zu sein, als der Gläubiger ungeachtet des von ihm gegen den Übernehmer erlangten neuen Anspruchs von seinem Rechte gegen den Altschuldner nichts einbüßt.

Läßt die Frage nach dem Einfluß einer lediglich zwischen dem Altschuldner und dem Übernehmer vereinbarten Schuldübernahme auf die Stellung des Gläubigers auch sehr verschiedene Lösungen zu und muß sogar zugegeben werden, daß sich die von Delbrück versuchte praktische Behandlung unter bestimmten Voraussetzungen als brauchbar erweisen kann[111], so war doch die Verkoppelung der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme mit der Vermögensübernahme völlig verfehlt. In gleicher Weise hat übrigens über die von Delbrück unternommene Konstruktion der Schuldübernahme schon Gürgens geurteilt. Die von ihm geübte Kritik ist noch heute beachtlich und soll deshalb wörtlich wiedergegeben werden:

„Wir gestehen nun — so führt Gürgens in Iherings J. 8, 255 f. aus — Delbrück zu, daß dem deutschen Recht die

[111] So knüpfte der § 41 des preuß. EigentumserwerbsG. vom 5. Mai 1872 zweifellos an Delbrück'sche Gedanken an, und wurden verwandte Gesichtspunkte auch neuestens wieder in den Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages vertreten. Vgl. mein Referat in Bd. III, S. 136 ff.

Auffassung der Schuld als eines Rechtsverhältnisses des Gläubigers zum Vermögen des Schuldners nicht fremd ist, denn wenn eine Jahrhunderte alte Praxis, wie Delbrück nachgewiesen hat, in allen Fällen, wo jemand eine Erbschaft oder ein ganzes Vermögen unter Lebenden auf einen anderen überträgt, den Gläubigern des Veräußerers eine direkte Klage gestattet hat, so zeigt sich auch unseres Erachtens darin ein Zug deutscher Rechtsanschauung, durch die Schuld den Gläubiger nicht nur zu der Person des Schuldners sondern auch zu seinem Vermögen in ein Rechtsverhältnis zu setzen, — das müssen wir aber leugnen, daß die Schuld in diesem Sinne von dem Vermögen, auf dem sie lastet, lösbar ist und zum Gegenstande des Verkehrs werden konnte. Eine solche Übertragung der Schuld von dem verhafteten Vermögen auf ein anderes fände im ganzen Rechtsgebiet keine Analogie."

Hiermit trifft Gürgens allerdings den Kern der Sache. Was er darlegt, ist aber nicht nur Delbrück sondern auch den Versuchen aller anderen Schriftsteller gegenüber beweisend, die den bei der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme sich abspielenden Vorgang durch Unterstellung einer Singularsukzession in die Schuld erklären zu können glauben. Da zu der vordersten Reihe dieser Schriftsteller Gürgens selbst gehört, so enthält dessen Abweisung der Lehre Delbrücks zugleich eine Selbstwiderlegung.

Wird einmal anerkannt — und dieser Anerkennung kann sich heute niemand mehr entziehen — daß der Gläubiger nach deutscher Rechtsauffassung infolge des ein echtes Schuldverhältnis, d. i. eine Schuldpflicht, begründenden Tatbestandes nicht nur zur Person des Schuldners sondern auch zu dessen Vermögen in rechtliche Beziehung gesetzt wird, muß zugegeben werden, daß diese Beziehung insofern noch stärker ist als jene, als sie auch nach Ablösung des Vermögens von der Person des ursprünglichen Schuldners fortdauert und durch ihre bloße Fortdauer dem neuen Erwerber des Vermögens die Schuldnerschaft aufbürdet, und ist hiernach auch

als festgestellt zu erachten, das jedes der Anforderung des § 241 BGB. entsprechende Schuldverhältnis durch die für den Gläubiger kraft des schuldbegründenden Tatbestandes eintretende Rechtsbeziehung zum Vermögen des Schuldners sein individuelles Gepräge erhält, so fällt damit die Möglichkeit, die Schuldübernahme, d. i. einen Vorgang, durch den die rechtliche Beziehung des Gläubigers zum Vermögen seines bisherigen Schuldners vollständig gelöst wird, unter den Gesichtspunkt der Schuldsukzession zu bringen, in sich zusammen.

Die Sukzessionstheorie bei der Schuldübernahme ist also nicht nur mit dem römischen Obligationsbegriff unvereinbar, sondern steht zugleich in einem unüberbrückbaren Gegensatz zu dem deutschrechtlichen Grundgedanken der Verknüpfung der Schuldpflicht mit dem schuldnerischen Vermögen. Als schwächliches Produkt der in der Mitte des vorigen Jahrhunderts herrschenden Pandektendoktrin erweist sie sich als unbrauchbar, sobald die von dieser nicht hinreichend beachtete schuldrechtliche Haftung in ihrer vollen Bedeutung richtig erkannt wird.

VII.

Aus wesentlich denselben Gründen wie bei der Schuldübernahme muß eine Schuldsukzession auch im Falle der §§ 571 ff. BGB. und in dem des § 1251 Abs. 2 BGB. als ausgeschlossen betrachtet werden. Während bei der Schuldübernahme die schuldrechtliche Haftung des Altschuldners zufolge eines darauf gerichteten Rechtsgeschäfts durch die schuldrechtliche Haftung des Neuschuldners ersetzt wird, treten die in den genannten Paragraphen bezeichneten Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf den Parteiwillen kraft gesetzlicher Vorschrift ein. Mit der Schuldübernahme haben aber die erwähnten Fälle gemein, daß die Schuldpflicht des Neuschuldners auf einer neuen schuldrechtlichen Haftung und somit nicht auf einer Sukzession in die Schuldpflicht des Altschuldners beruht. Gegen die Annahme einer Schuldsukzession spricht sich in diesen Fällen übrigens auch schon die weitaus überwiegende

Lehre aus[112], so daß es überflüssig wäre, hierbei noch länger zu verweilen.

An eine Schuldsukzession ist ferner nicht zu denken bei der Bestimmung des BGB. § 1108 Abs. 1, zufolge deren der Eigentümer des Grundstücks für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Reallastleistungen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch persönlich haftet. Handelt es sich dabei doch um in der Person des in § 1108 Abs. 1 bezeichneten Eigentümers entstehende schuldrechtliche Haftungen für Leistungen, in Ansehung deren die schuldrechtliche Haftung eines anderen Eigentümers überhaupt noch nicht bestanden hatte.

Gleichfalls abzulehnen ist die Ansicht[113], daß die in den §§ 808 ff. BGB. bestimmte Vorlegungspflicht im Wege der Sukzession auf jeden neuen Besitzer übergeht. Eine Vorlegungspflicht besteht nämlich für den Besitzer einer Sache niemals deswegen, weil der ihm vorangegangene Besitzer vorlegungspflichtig war, sondern immer nur unter der Voraussetzung, daß das Vorlegungsinteresse des die Vorlegung Verlangenden zur Zeit seines Vorgehens gegen den gegenwärtigen Besitzer gegeben ist, bei Vorhandensein dieser Voraussetzung aber wieder ohne jede Rücksicht darauf, ob der Vorbesitzer vorlegungspflichtig war oder nicht.

Nicht minder unzutreffend ist es, wenn hier und da[114] von einer Sukzession des neuen Eigentümers in die gesetzliche Verpflichtung zum Ersatz von Verwendungen gegenüber dem herausgabepflichtigen Besitzer (BGB. §§ 994 ff.) geredet wird. Eine schuldrechtliche Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz von Verwendungen tritt bekanntlich nur dann ein, wenn er die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt[115]: im ersten Falle kann er übrigens die in seiner Person entstandene Schuld-

[112] Siehe auch neuestens Kisch im Recht 17, 7 über den verwandten Fall des § 69 VVG.

[113] Sie findet sich ausgesprochen bei v. Gierke, Schuldnachfolge und Haftung, S. 37 Anm. 3.

[114] Vgl. v. Gierke an dem in Anm. 113 a. O.

[115] BGB. § 1001.

pflicht in Ansehung der von ihm nicht genehmigten Verwendungen dadurch wieder in Wegfall bringen, daß er die wiedererlangte Sache zurückgibt (§ 1001). Davon, daß im Falle eines nachträglichen Wechsels in der Person des Eigentümers der neue Eigentümer hinsichtlich der in der Person des früheren Eigentümers entstandenen persönlichen Verpflichtungen an dessen Stelle trete, weiß das Gesetz nichts. Soweit es aber an den Voraussetzungen für die Entstehung einer Schuldpflicht des Eigentümers zum Ersatz der Verwendungen fehlt, ist der bezüglich der Verwendungen Ersatzberechtigte lediglich auf das ihm nach § 1000 zustehende Zurückbehaltungsrecht sowie auf die Geltendmachung der in § 1003 bestimmten Sachhaftung angewiesen. An dieser Sachhaftung wird durch einen nachträglichen Wechsel in der Person des Eigentümers natürlich nichts geändert. Ein Eintritt des neuen Eigentümers „in die gesetzliche Verpflichtung zum Ersatz von Verwendungen" kann sich aber dadurch aus dem Grunde nicht vollziehen, weil eine daraufgehende „Verpflichtung" zu Lasten des neuen Eigentümers ebensowenig besteht, als eine solche zu Lasten des früheren Eigentümers bestand.

Es kann endlich auch v. Gierkes Annahme[116] einer Sukzession des neuen Grundeigentümers in die sogenannte „dingliche Schuld" nicht unwidersprochen bleiben. Wer die „dingliche Schuld" im Sinne eines den jeweiligen Eigentümer des mit einer Sachhaftung belasteten Grundstücks treffenden Leistensollens nicht nur für überflüssig, sondern sogar für verwirrend hält, kann selbstverständlich auch eine Sukzession in dieses rechtliche Leistensollen nicht anerkennen. Die praktische Bedeutungslosigkeit der „dinglichen Schuld" als eines Leistensollens des jeweiligen Grundstückseigentümers zeigt sich schon darin, daß der Bestand und die Geltendmachung des Rechtes aus der Grundstückshaftung durch die Herrenlosigkeit des Grundstücks nicht im geringsten beeinträchtigt wird[117], und wird in nicht minder schlagender Weise

[116] Am (in Anm. 113) a. O.

[117] Dazu meine Schuldübernahme, S. 284/54.

durch den Umstand erhärtet, daß die Geltendmachung des Rechtes aus der Haftung des nicht herrenlosen Grundstücks nicht mit Notwendigkeit gegenüber dem Grundstückseigentümer zu erfolgen braucht, sondern auch dem als Eigentümer eingetragenen Nichteigentümer[118] gegenüber stattfinden kann und zwar selbst dann, wenn der Gläubiger die Unrichtigkeit der Eintragung kennt (§ 1148 BGB.).

Zweites Kapitel.

Durchführung.

I.

Gegen die hier vertretene Auffassung der Schuldübernahme sind aus der Gestaltung der Haftung des unbeschränkt haftenden Erben hergeholte Einwendungen erhoben worden[1]. Sie verdienen eingehende Würdigung, die umso lohnender ist, als hierdurch verschiedene mit unserem Problem zusammenhängende Fragen der Klärung[2] zugeführt werden können.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß sich im Falle des Eintritts der unbeschränkten Haftung des Erben eine Gestaltung der Haftung für die Erblasserschulden entwickelt, die als mit der bisherigen Haftung des Erblassers identisch nicht mehr bezeichnet werden kann. Ein offenbarer Fehlschluß ist es jedoch, wenn aus dieser unbestreitbaren Tatsache gefolgert werden will, daß auch die bei der privativen Schuldübernahme eintretende Veränderung der Haftung mit der Annahme einer Schuldsukzession verträglich sei. Es liegt im Wesen der Vermögenshaftung, daß sie sich dem Schicksal des haftenden Vermögens anpassen und nach Maßgabe

---

[118] Davon, daß einen solchen Nichteigentümer ein Leistensollen treffe, wird aber doch wohl auch v. Gierke nicht reden wollen. Vgl. zur Frage der sogenannten „dinglichen Schuld" v. Gierkes und zugleich gegen dessen Auffassung auch noch Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I (1910), S. 427 ff. und 451 ff.

[1] Vgl. Knoke a. a. O. S. 412 ff.

[2] Eine solche bezeichnet mit Recht als wünschenswert Partsch in Goldschmidts Z. 74, S. 184 Anm. 2.

dieses Schicksals in ihrer Gestaltung verändern muß. Absolute Unveränderlichkeit der in einem bestimmten Momente gegebenen konkreten Gestaltung der Haftung kann daher auch von der Rechtsordnung nicht als Voraussetzung für die Identität einer Schuldpflicht und der ihr entsprechenden Forderung aufgestellt werden. Veränderungen, welche diese Identität unberührt lassen, können insbesondere eintreten durch die Erbfolge und durch die allgemeine Gütergemeinschaft. Von ganz anderer Art ist dagegen die im Falle der Schuldübernahme eintretende Veränderung der Haftung; denn sie besteht nicht in der rechtsnotwendigen Fortentwicklung der bisherigen Haftung, sondern in deren Ersetzung durch eine völlig neue Haftung.

Der bezeichnete grundsätzliche Unterschied ist natürlich auch von eminent praktischer Bedeutung. Die erbrechtliche und die bei der allgemeinen Gütergemeinschaft eintretende Schuldsukzession muß sich der Gläubiger mit allen ihren Begleiterscheinungen ungefragt gefallen lassen. Eine privative Schuldübernahme kann dagegen nur mit Zustimmung des Gläubigers zustande kommen. In jenen Fällen dauern die zugunsten des Gläubigers bestehenden akzessorischen Haftungen unverändert fort, im Falle der privativen Schuldübernahme kommen dem Gläubiger Haftungen dieser Art grundsätzlich nicht mehr zustatten.

Es ist sodann gesagt worden, die hier vertretene Auffassung, daß der neuen schuldrechtlichen Haftung des Schuldübernehmers eine neue Schuldpflicht und daher auch ein neues Forderungsrecht entspreche, führe zur Konsequenz, daß der Gläubiger im Falle der unbeschränkten Haftung des Erben zwei Forderungsrechte habe, ein auf der Haftung des Nachlasses und ein zweites auf der Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen beruhendes. Eine derartige Behandlung werde aber vom Gesetz unzweideutig abgelehnt.

Hierzu ist in Anknüpfung an schon früher Gesagtes zu bemerken: Die rechtliche Natur der erbrechtlichen Schuldsukzession erfordert nicht mehr als die Haftung des Erben mit dem Nachlaß.

Diese gegenständlich beschränkte Haftung läßt sich aber in voller Schärfe nur durchführen, wenn die Nachlaßgegenstände von der Annahme der Erbschaft ab zur Befriedigung der Gläubiger in einer die Verfügung des Erben ausschließenden Weise als ein von dem Eigenvermögen des Erben getrenntes Sondergut verwaltet werden. Andernfalls werden sich die zum Nachlaß und die zum Eigenvermögen des Erben gehörenden Gegenstände schon sehr bald derart verschmelzen, daß die Erbschaftsgegenstände aus dem Gesamtvermögen des Erben nicht mehr ausgeschieden werden können, sondern in diesem nur mehr dem Werte nach enthalten sind. Notwendige Folge dieser Gestaltung, die umso häufiger ist, als unter normalen Verhältnissen weder der Erbe noch die Gläubiger an der gegenständlichen Absonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben ein Interesse haben, ist, daß den Nachlaßgläubigern behufs Befriedigung ihrer Forderungen die Möglichkeit des Zugriffs auf alle das Gesamtvermögen des Erben bildenden Gegenstände eröffnet sein muß. Der Grund der Haftung des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern bleibt dabei völlig derselbe wie bei der auf die Nachlaßgegenstände beschränkten Haftung und es tritt — unter der weiteren Voraussetzung, daß die Nachlaßverbindlichkeiten durch den in das Vermögen des Erben übergegangenen Wert des Nachlasses gedeckt sind — nur die Veränderung ein, daß die Nachlaßgläubiger das ihnen Gebührende nicht aus dem abgesonderten Nachlaß, sondern aus dem den Nachlaß in sich enthaltenden Gesamtvermögen des Erben herausziehen.

Das eben Gesagte gilt übrigens unter den zwei angenommenen Voraussetzungen — Unterbleiben einer Nachlaßseparation und Gedecktsein der Nachlaßschulden durch den in dem Gesamtvermögen aufgegangenen Wert des Nachlasses — selbst bei beschränkter Haftung des Erben[3]. Eine praktisch erhebliche Änderung

[3] Hierbei ist zu beachten, daß das BGB. von „beschränkter Haftung" des Erben auch dort spricht, wo dem Erben, weil die Voraussetzungen der schlechthin unbeschränkten Haftung noch nicht eingetreten sind, lediglich die

tritt erst ein, wenn *eine* der beiden Voraussetzungen *nicht* zutrifft. Die wesentliche Bedeutung der unbeschränkten Erbenhaftung liegt darin, daß der Erbe mit seinem ganzen Vermögen für die Nachlaßverbindlichkeiten auch insoweit aufzukommen hat, als diese durch den Nachlaß nicht gedeckt sind. Obschon sich aus dieser Erweiterung der Haftung des Erben über das durch das Wesen der Schuldsukzession geforderte Maß hinaus eine Verstärkung des Rechtes der Gläubiger ergibt, so drängt *dies allein* doch noch nicht zur Annahme einer den Gläubigern neben der Forderung gegen den Nachlaß zukommenden zweiten Forderung gegen die Person des Erben. Sind auch die Keime zweier scharf auseinander zu haltenden schuldrechtlichen Haftungen und zweier diesen Haftungen entsprechenden Forderungen bereits vorhanden, so gelangen sie doch nur zur Entfaltung, *soweit* dies praktisch werden kann. Dies trifft aber nicht zu, wenn der Nachlaß nicht separiert ist und es sich somit lediglich um die Befriedigung des Gläubigers aus dem Gesamtvermögen des Erben handelt. In der Schuldnerstellung gegenüber den Nachlaßgläubigern befindet sich der Erbe auf Grund der erbrechtlichen Sukzession. Die Unbeschränktheit seiner Haftung hat hier nur zur Folge, daß zwischen Nachlaß und Eigenvermögen des Erben nicht unterschieden und dieses somit tatsächlich als ein zu jenem hinzutretender *Zuwachs*[4] behandelt wird. Dieser Sachverhalt läßt sich daher am besten dem Falle vergleichen, wo ein den Gegenstand einer Sachhaftung bildendes Grundstück durch Zuschreibung eines anderen Grundstücks vergrößert wird; die bezüglich jenes Grundstücks begründete Sach-

---

Möglichkeit zur Herbeiführung der gegenständlichen Beschränkung der Haftung gegeben ist (vgl. *mein* Erbrecht II, S. 191 ff.). Nur in diesem Sinne ist im Texte von einer beschränkten (d. h. noch gegenständlich beschränkbaren) Haftung die Rede.

[4] Freilich darf nicht übersehen werden, daß das in der Hand des Erben vereinigte Gesamtvermögen im vorausgesetzten Falle nicht nur den Nachlaßgläubigern, sondern auch den Eigengläubigern des Erben haftet. Ungeachtet dieser Konkurrenz kann aber der im Texte erwähnte Zuwachs den Nachlaßgläubigern zum Vorteile gereichen.

haftung erstreckt sich dann auch auf das zugeschriebene Grundstück (vgl. 1131 BGB.).

Von zwei Forderungsrechten des Nachlaßgläubigers ist dagegen bei unbeschränkter Haftung des Erben — und zwar gleichviel, ob der Nachlaß zur Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht oder nicht — zu reden, sobald und solange der Nachlaß vom Eigenvermögen des Erben amtlich abgesondert ist. Knoke will dies bestreiten. Seine Gründe sind aber unzureichend und durch das, was er zugeben muß, schlägt er sich selbst. Er anerkennt das Vorhandensein zweier Haftungen, der des Nachlasses und der des Eigenvermögens des Erben und damit zugleich das Vorhandensein zweier entsprechenden Rechte des Gläubigers. Der Anerkennung zweier, auf dieselbe nur einmal zu bewirkende Leistung gehenden Forderungsrechte des Gläubigers glaubt er sich jedoch dadurch entziehen zu können, daß er nur den gegen den Erben persönlich sich richtenden Anspruch als Forderungsrecht gelten läßt, das gegen den Nachlaß sich richtende Recht des Gläubigers dagegen als ein der Hypothek vergleichbares Recht charakterisiert[5]. Er würde aber diese Behauptung sicherlich vermieden haben, wenn er sich die Frage vorgelegt hätte, wie es im Falle der Nachlaßseparation und bei beschränkter Erbenhaftung mit dem Rechte des Nachlaßgläubigers bestellt ist. Es kann gegen den Erben persönlich gar nicht geltend gemacht werden, sondern richtet sich nur gegen den Nachlaß. Sicher ist zugleich, daß es durch seine jetzige Richtung gegen den Nachlaß den Charakter, welchen es vor dem Erbfall mit seiner Richtung gegen den Erblasser hatte, nicht eingebüßt hat, also ein Forderungsrecht ist. An dieser rechtlichen Natur des gegen den Nachlaß sich richtenden Gläubigerrechts kann dadurch nichts geändert werden, daß der Gläubiger daneben noch ein auf der schuldrechtlichen Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen beruhendes zweites Forderungsrecht hat.

[5] Knoke a. a. O. S. 415 Anm. 21.

Folgeerscheinungen des Vorhandenseins von zwei schuldrechtlichen Ansprüchen sind zum Beispiel, daß die Geltendmachung des Anspruchs gegen den Erben die Verjährung des Anspruchs gegen den Nachlaß nicht unterbricht, ferner daß bei gleichzeitigem Nachlaß- und Erbenkonkurs[6] die Anmeldung des gläubigerischen Anspruchs bei dem einem Konkurse die Anmeldung bei dem andern nicht ersetzt. Eine scharfe Auseinanderhaltung des gegen den unbeschränkt haftenden Erben sich richtenden Anspruchs von dem gegen den Nachlaß sich richtenden wird sodann — selbst wenn es zu einer amtlichen Nachlaßabsonderung nicht gekommen ist — im Falle des Übergangs des Nachlasses auf einen Nacherben notwendig. Die den Vorerben bereits treffende unbeschränkte Haftung wird diesem dadurch, daß nunmehr der Nacherbe in die Erbenstellung eingetreten ist und infolge dieses Eintritts, zunächst wenigstens mit dem Rechte der Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß, für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, nicht abgenommen[7]. Durch die Verschiedenheit der als Schuldner derselben Leistung in Betracht kommenden Personen wird das Vorhandensein zweier auf dasselbe gehenden Forderungen des Gläubigers hier besonders anschaulich.

Die rechtliche Behandlung der in der angegebenen Weise zu unterscheidenden zwei Forderungen richtet sich nicht durchaus nach dem Regelrecht des Gesamtschuldverhältnisses, das ja überhaupt nur insoweit angewendet sein will, als sich aus der besonderen Gestaltung der Rechtslage nicht ein anderes ergibt[8]. In unserem Falle sind Besonderheiten in der Tat vorhanden. Nach KO. § 234 in Verbindung mit § 64 und im Gegensatz zu KO. § 68 kann ein Nachlaßgläubiger im Konkursverfahren über das Vermögen des Erben, wenn auch über den Nachlaß das Konkursverfahren eröffnet oder, wenn eine Nachlaßverwaltung

[6] Über die konkursrechtliche Stellung der Nachlaßgläubiger im Konkurse über das Vermögen des unbeschränkt haftenden Erben vgl. S. 142 Anm. 39.

[7] Dazu mein Erbrecht II, S. 320 und meine Ausführung bei Planck V[2], S. 484.

[8] Vgl. besonders §§ 425, 426 BGB.

angeordnet ist, in Ansehung der Forderung, für welche der Erbe persönlich haftet, nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf Befriedigung aus dem Nachlaß verzichtet, oder mit welchem er bei der Verteilung des Nachlasses ausgefallen ist. Derselben Behandlung begegnen wir aber auch bei anderen gesamtschuldnerischen Haftungen. So können insbesondere Gesellschaftsgläubiger in dem Konkursverfahren über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters, wenn das Konkursverfahren über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien eröffnet ist, nach KO. § 212: „Befriedigung nur wegen desjenigen Betrages suchen, für welchen sie in dem letzteren Verfahren keine Befriedigung erlangen." So wenig als diese Entscheidung zur Annahme führen kann, daß dem Gesellschaftsgläubiger ungeachtet der Mehrheit schuldrechtlicher Haftungen (man denke dabei besonders an die neben der schuldrechtlichen Haftung des einer juristischen Person gehörenden Vermögens einer Kommanditgesellschaft auf Aktien bestehende schuldrechtliche Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter) nur ein einziges Forderungsrecht zustehe, so wenig kann der analoge Schluß auf Grund von KO. § 234 gezogen worden[9].

Beachtlich ist auch, daß der in KO. § 225 Abs. 2 vorgesehene Eintritt des einen Nachlaßgläubiger befriedigenden Erben in das dem Gläubiger gegenüber der Nachlaßkonkursmasse zustehende Recht dem den Nachlaßgläubigern gegenüber überhaupt unbeschränkt haftenden Erben versagt ist. Der Grund hierfür liegt nahe genug. Denn wird infolge des Nichteintritts des Erben ein Nachlaßüberschuß erzielt, so kommt ihm dieser ja doch zustatten. Bei Nichterzielung eines Überschusses würde dagegen der Erbe durch seinen Eintritt in das Recht des von ihm befriedigten Gläubigers den übrigen Nachlaßgläubigern etwas

[9] Unzutreffend daher die von Knoke, S. 415 ff. aus KO. § 234 gezogenen Schlüsse.

entziehen, was diese von ihm wegen seiner unbeschränkten Haftung doch wieder verlangen könnten.

Ist dem unbeschränkt haftenden Erben der Eintritt in das Recht des von ihm befriedigten Gläubigers in dem Falle des § 225 Abs. 2 KO. aber auch versagt, so vollzieht er sich doch im Falle des Abs. 3 des genannten § 225, wenn den Erben, nicht den Nachlaßgläubigern gegenüber überhaupt, sondern nur dem befriedigten Gläubiger gegenüber die unbeschränkte Haftung traf. Selbstverständliche Voraussetzung dieser Bestimmung ist das Vorhandensein von zwei hinsichtlich des Wofür der Haftung sich deckenden Forderungsrechten des Nachlaßgläubigers, von denen das gegen den Erben persönlich sich richtende durch dessen Leistung an den Gläubiger erlischt, während das gegen den Nachlaß sich richtende auf den Erben übergeht. Von ganz besonderer praktischer Bedeutung ist aber der Eintritt des allen oder auch nur einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftenden Erben in das Recht des von ihm befriedigten Gläubigers gegen den Nachlaß, wenn dieser solvent ist und sich in der Hand eines Nacherben oder Erbschaftskäufers befindet, und die Last der Schuld im Verhältnis zwischen Vorerben bezw. Erbschaftsverkäufer und Nacherben bezw. Erbschaftskäufer von dem letzteren zu tragen ist.

War eine Schuld des Erblassers verbürgt, und befriedigt der Bürge den Gläubiger nach dem Erbfall und nachdem für den Erben die unbeschränkte Haftung eingetreten ist, so geht auf den Bürgen nach § 774 BGB. das Recht des befriedigten Gläubigers über und zwar in unserem Falle nicht nur das Recht gegen den — wie wir annehmen wollen, in der Hand eines beschränkt haftenden Nacherben sich befindenden — Nachlaß, sondern auch — wie von Knoke[10] mit Recht hervorgehoben wird — in das Recht gegen den unbeschränkt haftenden Vorerben bezw. Erben. Inwiefern sich hieraus ergeben soll, daß der befriedigte Gläubiger nur eine einheitliche Forderung gehabt habe, ist nicht einzusehen. Kommt

[10] A. a. O. S. 417.

doch ein analoges Ergebnis auch im Handelsgesellschaftsrecht vor, wenn dem durch Bürgschaft gesicherten Gesellschaftsgläubiger außer dem Gesellschaftsvermögen auch persönlich haftende Gesellschafter haften. Befriedigt nämlich zum Beispiel ein Bürge einer von einer Kommanditgesellschaft auf Aktien eingegangenen Schuld den Gläubiger aus dieser Schuld, so tritt er zweifellos nicht nur in das Recht des Gläubigers gegen die Gesellschaft, sondern auch in dessen Rechte gegen die persönlich haftenden Gesellschafter ein. Wie hier die Ansprüche gegen die persönlich haftenden Gesellschafter vermöge ihrer Zweckbestimmung ein Akzessorium der gegen die Gesellschaft sich richtenden Forderungen bilden, so folgt — soweit dieser Zusammenhang nicht künstlich unterbunden wird — auch der Anspruch gegen den unbeschränkt haftenden Erben dem Anspruch gegen den Nachlaß bezw. gegen denjenigen, welchem der Nachlaß gehört. Trotzdem bleibt für beide Gruppen von Fällen unleugbar, daß der Mehrheit von zugunsten des Gläubigers bestehenden schuldrechtlichen Haftungen auch eine Mehrheit von schuldrechtlichen Ansprüchen entspricht.

II.

Die Sukzessionstheorie bei der Schuldübernahme bildet für deren Anhänger die konstruktive Krücke, deren sie bei der Einordnung der im Falle einer Schuldübernahme zu treffenden praktischen Entscheidungen nicht entraten zu können glauben. In Wahrheit wird aber durch diese Konstruktion nicht das Geringste gewonnen. Sie operiert mit einem unklaren und schillernden Schuldbegriff und mit einem nicht minder unklaren Begriff der Sukzession, sie verkennt, daß das konkrete Forderungsrecht des Gläubigers auf der durch den Entstehungsgrund der Schuldpflicht individualisierten schuldrechtlichen Haftung des Schuldners beruht, ignoriert den vom deutschen Recht anerkannten und mit Konsequenz durchgeführten Zusammenhang von Forderungsrecht bezw. Schuldpflicht mit dem haftenden Vermögen und setzt sich auch über den unerschütterlich feststehenden Grundsatz hinweg, daß eine rechts-

geschäftliche Sukzession immer nur durch ein Verfügungsgeschäft, niemals durch ein Verpflichtungsgeschäft herbeigeführt werden kann.

Dem zuletzt berührten Punkte sind noch einige zusätzliche Bemerkungen zu widmen. Die zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer vereinbarte kumulative Schuldübernahme ist gewiß reines Verpflichtungsgeschäft und somit schon aus diesem Grunde ungeeignet, einen Sukzessionserfolg zu vermitteln. Etwas anders verhält es sich mit der privativen Schuldübernahme. Sie ist insofern gemischtes Geschäft, als sie nicht nur auf eine Verpflichtungswirkung (in der Person des Neuschuldners) sondern auch auf eine Verfügungswirkung (in der Person des Altschuldners) gerichtet ist[11]. Allein diese besteht lediglich in der Befreiung des Altschuldners, während die Verpflichtung des Neuschuldners sich als Rechtsfolge des in der Schuldübernahme enthaltenen Verpflichtungsvertrags darstellt.

Eine auf fehlerhafter Grundlage aufgebaute Konstruktion kann sich natürlich auch praktisch nicht bewähren.

1. Durch lange Zeit hat man nur mittels der Sukzessionstheorie erklären zu können geglaubt, daß der eine Schuld privativ Übernehmende „dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen kann, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben" (BGB. 417 Abs. 1 Satz 1). In den Fällen wirklicher (und zwar auch in denen vervielfältigender) Schuldsukzession gilt zweifellos dasselbe. Allein man kann nicht auch umgekehrt sagen, daß derjenige Schuldner, welcher dem Gläubiger dieselben Einwendungen entgegensetzen kann, die sich aus dem Verhältnis des ursprünglichen Schuldners zum Gläubiger ergeben, Schuldsukzessor sei; sonst müßte auch in der Eingehung einer Bürgschaftsverpflichtung ein Schuldsukzessionsvertrag erblickt werden[12]. Übrigens wird jetzt auch von den Vertretern der Sukzessionstheorie zugegeben, daß die berufene Be-

[11] Genaueres hierüber in meiner Schuldübernahme, S. 237/7; vgl. auch oben S. 64 Anm. 7.

[12] Vgl. § 768 BGB.

stimmung ihre volle Erklärung schon darin findet, daß der Schuldübernehmer mit Bezugnahme auf das Wofür der Haftung des Altschuldners sich zur Leistung desselben verpflichtet, wozu dieser bisher verpflichtet war[13].

2. In allen wirklichen Sukzessionsfällen bleiben Bürgschafts- und Sachhaftungen durch die in Ansehung der Hauptschuld stattfindende Sukzession unberührt und bleiben den Bürgen und den Dritteigentümern von haftenden Sachen die ihnen zukommenden Rückgriffsanwartschaften ungeachtet des Sukzessionsvorgangs vollständig erhalten.

Bei der privativen Schuldübernahme läßt die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bürgschaftliche Haftungen und Sachhaftungen fortdauern sollen, bei durch doktrinäre Scheuklappen unbeirrter, rein sachlicher Beurteilung eine verschiedene Beantwortung zu. Man könnte sich — und diese Auffassung ist mehrfach vertreten worden[14] — in der Weise für die Fortdauer der bezeichneten Haftungen entscheiden, daß den Bürgen und Dritteigentümern von haftenden Sachen die Regreßrechte gegen den Altschuldner vorbehalten bleiben. Auf diesem Wege würde man zu einer Schuldübernahme von nur relativer Wirkung gelangen. Dem Gläubiger gegenüber träte zwar der Übernehmer an Stelle des Altschuldners als Schuldner ein. Im Verhältnis zu den Bürgen und den Dritteigentümern haftender Sachen würde dagegen der Altschuldner nicht als aus dem Schuldverhältnis ausgeschieden zu

---

[13] Knoke, S. 424 (oben). Auf die Frage, wie die Verjährung des gläubigerischen Anspruchs gegen den Übernehmer zu beurteilen ist, kann hier nicht näher eingegangen werden. Kurz abzuweisen ist nur die von Hellmann, S. 518 und Knoke, S 424 vertretene Ansicht, daß in der Schuldübernahme stets auch ein Anerkenntnis der übernommenen Schuld im Sinne des § 208 BGB. zu erblicken sei. Man denke z. B. an den Fall, daß jemand eine hinsichtlich ihres Bestandes und Umfanges streitige Schuld übernimmt, dafern und soweit sie sich als begründet erweist. Im übrigen vgl. meine Schuldübernahme, S. 322/92.

[14] So von Dernburg, Pandekten II, 1. Aufl. § 53 Anm. 8, 2. bis 4. Aufl. § 53 Anm. 9, Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB. (1892), S. 69 zu § 317 E.

betrachten sein und daher auch deren Regreßansprüchen unterliegen. Diese Behandlungsweise führt jedoch bei den Regelfällen [15] zu den Parteienabsichten zuwiderlaufenden Komplikationen und zugleich zu kaum überwindbaren technischen Schwierigkeiten. Mit Recht hat daher auch keine der modernen Gesetzgebungen den angegebenen Weg zu beschreiten auch nur versucht.

Zu annehmbaren Ergebnissen gelangt man dagegen auf Grund der Entscheidung, daß bürgschaftliche und sachliche Haftungen infolge der Schuldübernahme *grundsätzlich* erlöschen, Forthaftung aber dann eintritt, wenn der Bürge oder der Eigentümer der haftenden Sache in die Schuldübernahme einwilligt. Mit der Vorstellung, daß der Neuschuldner in die Schuld des Altschuldners sukzediere, ist diese im BGB. im Wesentlichen angenommene Behandlung ebensowenig vereinbar als mit der vorhin charakterisierten. Das Wesen der translativen Sukzession besteht nach allgemeiner Ansicht in einer hinsichtlich eines Rechtes oder einer Verpflichtung *nur in betreff des bisherigen Subjekts* eintretenden Änderung, während im übrigen alles fortfährt von dem Rechte, der Verpflichtung zu gelten, was bisher von ihm bezw. von ihr galt. Gerade darin — so führt *Windscheid*, Pandekten I § 64 Anm. 1 zutreffend aus — liegt das praktische Interesse zwischen der durch Sukzession eintretenden Veränderung eines Rechtes (ich füge bei: oder einer Verpflichtung) und der Entstehung eines neuen Rechtes (bezw. einer neuen Verpflichtung) an Stelle eines früheren (bezw. einer früheren).

Da nun nach § 418 Abs. 1 bei der Schuldübernahme in dem für deren praktische Wertung allerwichtigsten Punkte für die Schuldpflicht des Neuschuldners und das ihr korrespondierende Forderungsrecht gegen diesen *nicht dasselbe, sondern etwas ganz anderes gilt*, als was bisher für die Schuldpflicht des Altschuldners und das gegen diesen sich richtende Forderungsrecht galt, so läßt uns die Sukzessionsvorstellung vollständig im Stich.

---

[15] Über besonders geartete Fälle siehe unten S. 154 ff.

Auch Knoke[16] kann sich dem nicht entziehen. Er spricht demgemäß mit Bezug auf § 418 Abs. 1 Satz 1 und 2 von einer „Durchbrechung der Sukzessionstheorie", tröstet sich aber damit, daß wenigstens der Satz 3 des Abs. 1 von § 418 mit der Sukzessionstheorie im besten Einklang stehe. Es wird sich alsbald zeigen, daß dieser vermeintliche Trostesgrund nicht zutrifft.

Indem das Gesetz bestimmt, daß dem Gläubiger die in § 418 Abs. 1 erwähnten akzessorischen Haftungen infolge der Schuldübernahme nur dann nicht verloren gehen, wenn der Bürge oder der Eigner des haftenden Gegenstandes in die Schuldübernahme einwilligt, bringt es Zweifaches zum Ausdruck: Einmal, daß die Schuldpflicht des Neuschuldners mit der des Altschuldners nach der Auffassung der Rechtsordnung nicht identisch ist. Trotzdem soll es aber den Beteiligten — und das ist der vom Gesetz für maßgebend erklärte zweite Leitsatz — nicht verwehrt sein, die mit der Schuldpflicht des Altschuldners nicht identische Schuld des Neuschuldners als vom Standpunkte ihres konkreten praktischen Interesses aus für sie gleichwertig gelten zu lassen[17]. Dieser Wille des als Bürge oder als Eigentümer einer haftenden Sache Beteiligten wird von der Rechtsordnung mit Rücksicht auf ein von ihr als berechtigt anerkanntes Verkehrsbedürfnis respektiert, dafern er in Gestalt der formlosen Einwilligung in die Schuldübernahme ausgesprochen ist. Die Rechtsordnung läßt also den unter der bezeichneten Voraussetzung eintretenden Erfolg nicht auf Grund der Annahme zu, daß der Schuldübernehmer Sukzessor des Altschuldners sei, sondern sie sucht diesen Eintritt zu ermöglichen, obschon sie die Identität der Schuldpflicht des Neuschuldners mit der des Altschuldners nicht anerkennt, und schlägt dabei einen Weg ein,

[16] S. 433 unten.

[17] Darüber, daß dabei von einer Verkürzung von Nachpfandgläubigern, Nachhypothekaren des durch eine ungeachtet der Schuldübernahme nach § 418 Abs. 1 fortdauernde Sachhaftung gesicherten Gläubigers nicht die Rede sein kann, vgl. meine Schuldübernahme, S. 352 ff./122 ff.

dessen Beschreitung überflüssig wäre, wenn Identität wirklich vorläge. Das vom BGB. in diesem Punkte beobachtete Verfahren ist dasselbe, das andere Gesetzgebungen bei der Novation eingeschlagen haben. Vgl. hierzu insbesondere PrALR. I, 16 §§ 471 bis 473, Österr. abGB. § 1378, wo unter bestimmten Voraussetzungen die Forthaftung von Bürgen und Pfändern selbst bei der Novation zugelassen wird[18].

Die herrschende Meinung nimmt an, daß der Fortbestand gesetzlicher Pfandrechte[19] durch die Schuldübernahme nicht berührt wird, und nach einer verbreiteten, aber stark bestrittenen Lehre soll auch der gesetzliche Bürge wie bisher für die Schuldpflicht des Altschuldners so nach der Schuldübernahme für die Schuldpflicht des Neuschuldners einzustehen haben. Für die erste Annahme sprechen beachtliche Gründe; die zweite wird abzulehnen sein. Selbst wenn aber beide Entscheidungen dem Gesetz entsprechen sollten, so würde hierdurch die im Vorhergehenden vertretene grundsätzliche Auffassung nicht in Frage gestellt sein. Denn mit dem Urteil, daß zwei Rechtsgebilde, von denen das eine das andere ablöst, rechtlich nicht identisch sind, verträgt es sich sehr wohl, daß in Ansehung des neuen Rechtsgebildes nicht durchgreifend, sondern nur in einzelnen Stücken, unter besonderen Voraussetzungen, aus ganz besonderen Gründen doch dasselbe gilt, was für das alte galt.

Eine etwas andere, aber doch ähnliche Behandlung wie in § 418 Abs. 1 unseres BGB. finden die eben besprochenen Fragen im neuen Schweizer Obligationenrecht von 1911. Es bestimmt in seinem Artikel 178:

> Die Nebenrechte werden vom Schuldnerwechsel, soweit sie nicht mit der Person des bisherigen Schuldners untrennbar verknüpft sind, nicht berührt.

---

[18] Vgl. dazu bezüglich des römischen Rechts besonders Salpius, Novation und Delegation, S. 208 ff.

[19] Hierzu und in betreff der gesetzlichen Bürgschaften meine Schuldübernahme, S. 354 ff. / 124 ff.

Von Dritten bestellte Pfänder sowie die Bürgen haften jedoch dem Gläubiger nur dann weiter, wenn der Verpfänder oder der Bürge der Schuldübernahme zugestimmt hat[20].

Hinsichtlich der Bürgen greift also ausnahmslos der Grundsatz durch, daß sie durch die Schuldübernahme frei werden, dafern sie dieser nicht zugestimmt haben. Hiernach lehnt es also auch das Schweizer Obligationenrecht ab, die Verpflichtung des Neuschuldners als mit der Verpflichtung des Altschuldners rechtlich identisch zu behandeln. In Übereinstimmung hiermit werden infolge der Schuldübernahme die von Dritten bestellten Pfänder — worunter nach Schweizer Recht auch Grundpfänder zu verstehen sind — frei, wenn die Zustimmung des Verpfänders zur Schuldübernahme fehlt.

Wohl aber tritt wie nach deutschem Recht eine Forthaftung derjenigen Pfänder ein, welche zur Zeit der Schuldübernahme dem Übernehmer gehören und zwar doch wohl auch dann, wenn ein solches Pfand dem Gläubiger von einem Dritten bestellt worden, vom gegenwärtigen Schuldübernehmer aber noch vor der Schuldübernahme erworben worden war. Nach deutschem Recht ist die Forthaftung auch in diesem Falle zweifellos, da ja der Schuldübernehmer voraussetzungsgemäß zugleich Eigentümer des Pfandes ist und die Schuldübernahme in Ansehung der dem Übernehmer gehörenden Pfänder die in § 418 Abs. 1 verlangte Einwilligung des Eigentümers in sich enthält. Nach dem Buchstaben des Schweizer Rechts würde es allerdings darauf ankommen, ob der Schuldübernehmer in Ansehung der ihm gehörenden Pfänder zugleich auch der Verpfänder gewesen

[20] Eine mit dem Art. 178 Schweizer Obligationenrechts sachlich übereinstimmende Bestimmung enthält der § 251 der in Aussicht genommenen Novelle zum österr. abGB. Hiernach soll der jetzige § 1407 des GB. durch einen neugefaßten Paragraphen ersetzt werden, dessen Abs. 2 also lautet: „Die Nebenrechte der Forderung werden durch den Schuldnerwechsel nicht berührt. Bürgen und von dritten Personen bestellte Pfänder haften jedoch nur dann fort, wenn der Bürge oder Verpfänder dem Schuldnerwechsel zugestimmt hat." Zitiert nach dem Berichte der Justizkommission des österr. Herrenhauses (1912).

ist. Im bejahenden Falle haften die Pfänder sicherlich fort, im verneinenden Falle scheint dagegen nach dem Wortlaut des Gesetzes zur Forthaftung auch noch die Zustimmung des Verpfänders erforderlich zu sein. Ein sachlicher Grund für diese unnütze Erschwerung ist jedoch nicht ausfindig zu machen und durch freie Auslegung dürfte auch für das Schweizer Recht[21] zu demselben Ergebnisse zu gelangen sein wie nach deutschem Recht.

Anders als das deutsche Recht behandelt Art. 178 Schweizer Obligationenrechts den Fall, daß die für die Forderung des Gläubigers gegen den Altschuldner haftenden Pfänder zur Zeit der Schuldübernahme dem Altschuldner gehören. Schwierigkeiten bereitet freilich auch hier der Wortlaut des Gesetzes. Hält man sich an ihn, so tritt die Forthaftung nur ein, wenn die dem Altschuldner zur Zeit der Schuldübernahme gehörenden Pfänder dem Gläubiger nicht von einem Dritten bestellt worden waren. Trifft diese negative Voraussetzung zu, so haften die Pfänder ungeachtet der Schuldübernahme fort. Für diese Entscheidung läßt sich anführen, daß dem Altschuldner die, wenn auch vielleicht ohne seine Mitwirkung[22] zustandekommende Schuldübernahme schon durch die Befreiuung von seiner schuldrechtlichen Haftung zu großem Vorteil gereicht und daß kein durchschlagender Grund erfindlich zu sein scheint, warum der Altschuldner noch des weiteren Vorteils der Befreiung der ihm gehörenden Pfänder von der Haftung teilhaftig werden soll, obschon die Forthaftung ihn kaum jemals schlechter stellen kann, als er stehen würde, wenn er selbst Schuldner geblieben wäre. Hält man diese Erwägung für maßgebend[23], so greift sie aber auch dann durch, wenn

[21] Daß die im Texte besprochene Vorschrift des Schweiz. Obligationenrechts nicht hinreichend durchdacht ist, wird sich wohl nicht bezweifeln lassen.

[22] Wirkt der Altschuldner bei der Schuldübernahme mit, so ist durch seine Mitwirkung seine Einwilligung in die Forthaftung der ihm gehörenden Pfänder ohnedies gegeben.

[23] Sachlich einwandfrei ist sie nicht, denn die regelmäßige Absicht bei der der römischen expromissio entsprechenden privativen Schuldübernahme (im Sinne des § 414 deutschen BGB.) geht auf völlige Entlastung des Altschuldners. Auch ist der Schuldübernehmer durch das zwischen ihm

die dem Altschuldner zur Zeit der Schuldübernahme gehörenden Pfänder dem Gläubiger von einem Dritten bestellt worden sind. Es fehlt an jeder ratio dafür, hier auch noch die Zustimmung des Drittverpfänders zur Voraussetzung der Forthaftung zu machen.

Gehören die Pfänder zur Zeit der Schuldübernahme weder dem Übernehmer noch dem Altschuldner, so wird es sich zumeist um Pfänder handeln, die dem Gläubiger durch einen vom Altschuldner verschiedenen Verpfänder haftbar gemacht worden sind. Wenn im Artikel 178 Abs. 2 Schweizer Obligationenrechts zur Forthaftung der Pfänder die Zustimmung des Verpfänders gefordert wird, so ist dies unter der Voraussetzung verständlich, daß der Verpfänder auch zur Zeit der Schuldübernahme noch der Eigentümer des Pfandes ist. Ist er dies nicht, so drängt das Wesen der Sache zur Entscheidung, daß an Stelle der Zustimmung des Verpfänders die des Eigentümers treten muß. Eine sehr bedeutsame Zweifelsfrage ergibt sich für das Schweizer Recht aber auch dann, wenn das zur Zeit der Schuldübernahme einem Dritten gehörende Pfand dem Gläubiger durch den Altschuldner verpfändet war. Soll ein solches Pfand dem Gläubiger ungeachtet der von ihm vereinbarten Schuldübernahme ohne weiteres forthaften? Die vorausgesetzte Rechtslage ist offenbar eine ganz andere als in dem früher besprochenen Falle, wo der Altschuldner zur Zeit der Schuldübernahme noch Eigentümer der von ihm dem Gläubiger haftbar gemachten Sache ist. Während sich für den Altschuldner daraus, daß ein ihm gehörendes Pfand forthaftet, nachdem an seiner Stelle ein anderer Schuldner geworden ist, eine dauernde Beeinträchtigung nicht leicht ergeben wird, kann es für den Dritteigentümer der haftenden Sache unter

---

und dem Altschuldner bestehende Rechtsverhältnis diesem gegenüber regelmäßig zu dessen vollständiger Entlastung verpflichtet. Die Erreichung des hieraus sich ergebenden praktischen Ziels der Schuldübernahme wird durch die im Texte besprochene grundsätzliche Behandlung des Schweizer Rechts beeinträchtigt. Vgl. übrigens noch Anm. 22.

Umständen sehr nachteilig werden, wenn er seiner Anwartschaft auf den eventuellen Eintritt in das Recht des Gläubigers gegen den Altschuldner verlustig wird und dafür nur mehr auf den Eintritt in dessen Recht gegen den Neuschuldner rechnen kann. Es wird nicht anzunehmen sein, daß das Schweizer Obligationenrecht diesen Eingriff in das erworbene Recht des Dritteigentümers wirklich beabsichtigt hat, sondern vielmehr zu entscheiden sein, daß die Forthaftung des Pfandes nur eintritt, wenn dessen jetziger Eigentümer der Schuldübernahme zustimmt[24].

Aus Art. 178 Abs. 2 des Schweizer Obligationenrechtes ist endlich noch der Schluß zu ziehen, daß die Haftung gesetzlicher Pfänder durch die Schuldübernahme unberührt bleibt. Dies läßt sich aus denselben Gründen rechtfertigen wie die von der herrschenden Meinung angenommene analoge Entscheidung des deutschen Rechts.

Die Würdigung der einschlagenden Bestimmungen des Schweizer Obligationenrechts bestätigt also vollständig, was vorhin über die Haltung des deutschen BGB. gesagt worden ist. Auch dem Schweizer Obligationenrecht ist der konstruktive Gedanke der *Identität der Schuldpflicht* des Neuschuldners mit der des Altschuldners fremd. Die Forthaftung der Bürgen und Pfänder tritt daher nur ein, wenn entweder die Beteiligten der Schuldübernahme zustimmen, oder wenn — was aber nach Schweizer Recht nur bei Pfändern in Frage kommt — die Würdigung der Interessenlage die Forthaftung als unbedenklich erscheinen läßt.

3. Mit dem Forderungsrecht gegen den Altschuldner können außer den Rechten aus Bürgschaften und Sachhaftungen auch anderweite Rechte verbunden sein, die zum Teil so geartet sind, daß sie infolge der (privativen) Schuldübernahme mit Notwendig-

[24] Vermeiden ließe sich die im Texte erwähnte Entscheidung nur, wenn man annehmen wollte, daß das Rückgriffsrecht des Dritteigentümers gegen den Altschuldner durch die Schuldübernahme völlig unberührt bleibt. Vom sachlichen Standpunkte aus ist aber dieser Lösung die im Texte bezeichnete sicherlich vorzuziehen.

keit wegfallen. Auf folgende Erscheinungen soll besonders aufmerksam gemacht werden.

Findet eine Schuldübernahme in Ansehung der Schuld einer Handelsgesellschaft statt, so werden hierdurch notwendig die für diese Schuld persönlich haftenden Gesellschafter frei[25]. Dasselbe gilt für die Übernahme der Schuld einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht[26] rücksichtlich der Haftungen der bisher persönlich haftenden Genossenschafter für die betreffende Schuld. Wird die Schuld einer in Gütergemeinschaft lebenden Frau, für die auch das gütergemeinschaftliche Vermögen und demgemäß auch der Mann persönlich haftet, übernommen, so erledigt sich damit notwendig die Haftung des gütergemeinschaftlichen Vermögens und die persönliche Haftung des Mannes[27], und erfolgt die Übernahme einer Nachlaßschuld, in Ansehung deren neben der Schuldpflicht des Nacherben oder des Erbschaftskäufers auch noch die auf der eingetretenen unbeschränkten Haftung beruhende Schuldpflicht des Vorerben bezw. des Erbschaftsverkäufers besteht, so kann für die den Nachlaß nicht mehr belastende Schuld auch der Vorerbe oder der Erbschaftsverkäufer nicht mehr haften[28]. Durch Angabe besonderer Gründe brauchen alle diese Entscheidungen nicht erst gerechtfertigt zu werden; denn sie sind durch die Zweckbestimmung der genannten akzessorischen Haftungen von selbst gegeben.

---

[25] Nach erfolgter privativer Schuldübernahme besteht eine Schuldpflicht der Handelsgesellschaft nicht mehr. Für dasjenige, wofür die Handelsgesellschaft nicht mehr haftet, haften aber auch die persönlich haftenden Gesellschafter als solche nicht mehr.

[26] Vgl. GenG. §§ 119 ff.

[27] Was in Anm. 25 gesagt ist, gilt mutatis mutandis auch hier.

[28] So auch Knoke, S. 416, jedoch mit der unzutreffenden Folgerung, daß dem Nachlaßgläubiger ungeachtet des Umstandes, daß er neben seinem Anspruch gegen den separierten Nachlaß auch noch einen zweiten gegen die Person des Erben sich richtenden Anspruch habe, doch nur eine Forderung zustehe. Vgl. hiergegen das bereits auf S. 120 ff. Ausgeführte, was durch die Darlegung des Textes unter Z. 3 seine volle Bestätigung findet. Beachtlich ist außerdem noch, daß eine bezüglich des gegen den unbeschränkt haftenden Erben sich richtenden Anspruchs vereinbarte Schuldübernahme den Anspruch gegen den separierten Nachlaß grundsätzlich unberührt läßt.

Hierher gehört desgleichen der infolge der Schuldübernahme eintretende Wegfall der dem Gläubiger zur Sicherung seines Anspruchs gegen den Altschuldner in Gestalt von Anfechtungsrechten nach dem Anfechtungsgesetz und bei beschränkter Haftung des Altschuldners in Gestalt von Ersatzansprüchen gegen den Verwalter des haftenden Vermögens zustehenden Hilfsrechte[29].

Es mag schließlich noch daran erinnert werden, daß der Gläubiger im Falle einer hinsichtlich der Schuld aus einem Gemeinschaftsverhältnis erfolgenden Übernahme durch einen Nichtgemeinschafter des ihm nach § 756 BGB. zustehenden Rechtes verlustig werden muß, bei Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Altschuldner erfolgenden Teile des gemeinschaftlichen Gegenstandes zu verlangen.

4. In BGB. § 418 Abs. 2 ist ausdrücklich ausgesprochen, daß ein mit der Forderung gegen den Altschuldner für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht im Konkurse über das Vermögen des Übernehmers *nicht* geltend gemacht werden kann. Hieraus ist zugleich zu schließen und wird auch allgemein geschlossen, daß die konkursrechtliche Stellung des Gläubigers im Konkurse des Übernehmers selbständig zu beurteilen ist und sich somit nicht nach derjenigen Stellung richtet, welche dem Gläubiger im Konkurse des Altschuldners zukommen würde[30].

Während diese Behandlung jetzt von allen reichsdeutschen Schriftstellern[31] als sachlich angemessen, ja geradezu geboten anerkannt wird, ist die früher vielfach vertretene Auffassung[32], der Gläubiger müsse im Falle einer Schuldübernahme in Konsequenz der Sukzessionstheorie auch im Konkurse des Neuschuldners so gestellt sein, wie er im Konkurse des Altschuldners gestellt sein würde, in jüngster Zeit im Berichte der Justizkommission des

[29] Hierüber noch *meine* Schuldübernahme, S. 370/140.

[30] Mit den Ergebnissen *meiner* Schuldübernahme übereinstimmend insbesondere auch *Jaeger*, Konkursordnung [3], Anm. 9 zu § 61.

[31] Vgl. außer *Jaeger* a. a. O. neuestens auch noch v. *Gierke*, Schuldnachfolge und Haftung, S. 60, und *Knoke*, S. 430, 458.

[32] Siehe hierüber meine Schuldübernahme, S. 339/109 Anm. 157.

österreichischen Herrenhauses über die in Aussicht genommene Novelle zum Österr. abGB. wieder aufgenommen worden. Dieser, übrigens sehr vorsichtig gehaltene Bericht spricht sich über unsere Frage S. 298 im wesentlichen also aus:

„Was etwaige Exekutions- oder Konkursprivilegien der übernommenen Schuld betrifft, so ergibt sich aus dem Prinzipe des § 1407[33] nur soviel, daß grundsätzlich auch der Übergang der Rangsrechte auf den Anspruch gegen den Schuldübernehmer möglich und vorauszusetzen ist (schlechthin das Gegenteil zu verfügen wie das deutsche BGB § 418 Abs. 2 dürfte dem Zwecke des Verhältnisses nicht entsprechen). Damit ist nicht gesagt, daß nicht — genau so wie im Falle der Zession — erst noch die rechtliche Eigenart des Privilegs zu untersuchen ist und dasselbe vielleicht gegenüber der Person eines anderen Schuldners versagt werden muß."

Wenn hier gesagt wird, daß die Frage nach der rechtlichen Stellung des Gläubigers im Konkurse des Schuldübernehmers ganz aus denselben Gesichtspunkten zu beurteilen sei wie die Frage nach der Stellung des Zessionars im Konkurse des ursprünglichen Schuldners, so ist dies für das deutsche Recht — ganz abgesehen von § 418 Abs. 2, auf dessen Bestimmung der Bericht ja selbst verweist — auch insofern unzutreffend, als nach § 401 Abs. 2 auf den Zessionar ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht schlechthin übergeht. Hinsichtlich des Zessionars ist also nicht erst bezüglich jedes einzelnen Konkursvorrechtes des Zedenten die Frage aufzuwerfen, ob es auch dem Zessionar zustatten komme, sondern es ist generell entschieden, daß jedes solche Vorrecht auch vom Zessionar geltend gemacht werden kann. Nach österreichischem Recht verhält es sich in dieser Beziehung wohl nicht anders; jedenfalls ist bisher kein Fall nachgewiesen worden, in dem ein mit der Forderung des Zedenten verbundenes Konkursvorrecht dem Zessionar nicht zusteht.

[33] Der hier in Betracht kommende Abs. 2 des in neuer Fassung vorgeschlagenen § 1407 österr. abGB. ist oben in Anm. 20 wiedergegeben.

Es ist aber außerdem noch darauf hinzuweisen, daß es sich bei der ganzen Frage nicht nur um Konkursvorrechte des Gläubigers, sondern um dessen materiell konkursrechtliche Stellung überhaupt handelt. Sie ist im Konkurse des Schuldners für den Zessionar völlig dieselbe wie für den Zedenten. Kann aber auch ausgesprochen werden, daß die Stellung des Gläubigers im Konkurse des Schuldübernehmers dieselbe sei, wie sie im Konkurse des Altschuldners sich gestaltet haben würde? Erst diese Fragestellung ermöglicht eine grundsätzliche Antwort. Sie soll im folgenden gegeben werden.

Der Gläubiger aus einem, ihm von seinem Schuldner erteilten Schenkungsversprechen ist nach deutschem Recht von der Geltendmachung seines Anspruchs im Konkurse des Schuldners völlig ausgeschlossen[34] und kann nach österreichischem Recht erst in der fünften und zugleich letzten Klasse der Konkursgläubiger zur Befriedigung gelangen, was praktisch so ziemlich dasselbe ist[35]. Der selbstverständliche Grund dieser Zurücksetzung ist die Rücksichtnahme auf die übrigen Gläubiger, die durch die Konkurrenz des Gläubigers aus der liberalen Zuwendung des Schuldners keine Verkürzung erleiden dürfen.

Ganz anders liegen die Verhältnisse, wenn nach der bezüglich der Schuld des Schenkers erfolgten Schuldübernahme über das Vermögen des Übernehmers Konkurs eröffnet wird. Die der Schuldübernahme zugrunde liegende Rechtsbeziehung zwischen Übernehmer und Altschuldner soll zunächst so gedacht werden, daß die Schuld in Anrechnung auf eine Kaufpreisschuld des Übernehmers an den Altschuldner übernommen wurde. Offenbar haftet der Übernehmer dem Gläubiger nicht aus einer sein Vermögen betreffenden causa liberalis, sondern bildet die Haftung gegenüber dem Gläubiger nur das Äquivalent dafür, daß sein Vermögen

[34] KO. § 63 Z. 4.

[35] Österr. KO. § 48; in der fünften und letzten Klasse der Konkursgläubiger stehen allerdings außer den Ansprüchen aus Schenkungen und nach ihnen die Ansprüche aus Geldstrafen.

von der Kaufpreisverpflichtung gegenüber dem Altschuldner frei geworden ist. Wollte man den Gläubiger im Konkurse des Übernehmers trotzdem so behandeln, wie er im Konkurse des Altschuldners behandelt worden wäre, so läge darin eine grundlose Begünstigung der übrigen Gläubiger des Übernehmers auf Kosten des Gläubigers aus der Schuldübernahme, da ihnen die nur gegen Übernahme der Schuld des Altschuldners eingetretene Befreiung des Übernehmers von der Kaufpreisschuld zum reinen Vorteil gereichen würde. Durch die Schuldübernahme geschädigt könnten im vorausgesetzten Fall nur die Gläubiger des Altschuldners sein. Dies insofern, als ihnen in dessen Konkurse, abgesehen von der Schuldübernahme, die noch vorhandene Kaufpreisforderung gegen den Übernehmer zustatten käme, die Forderung aus dem Schenkungsversprechen dagegen nicht gefährlich werden könnte. Es läßt sich daher auch denken, daß für den Verwalter der Konkursmasse des Altschuldners die Voraussetzung der Anfechtung der Schuldübernahme nach Maßgabe von KO. §§ 29 ff. gegeben wäre.

Nun liegt es freilich auch im Bereiche der Möglichkeit, daß der Übernehmer die Schenkungsschuld des Altschuldners auf sich nimmt, ohne von diesem dafür ein Äquivalent zu erhalten. Dann ist in der Schuldübernahme allerdings zugleich eine liberale Zuwendung enthalten, aber nicht eine liberale Zuwendung an den Gläubiger, sondern eine solche an den Altschuldner. Hinsichtlich des Verhältnisses des Übernehmers zum Gläubiger liegt der Fall dann nicht anders wie bei der Übernahme einer Kaufpreisschuld des Altschuldners zwecks einer diesem vom Übernehmer zu machenden liberalen Zuwendung. Dieser Umstand würde die Stellung des Gläubigers im Konkurse des Übernehmers zunächst freilich nicht beeinflussen. Wohl aber würde die Schuldübernahme unter Umständen vom Verwalter der Konkursmasse des Übernehmers nach KO. §§ 29 ff. angefochten werden können. Nicht anders würde aber auch im zuerst erwähnten Falle die Übernahme einer Schenkungsschuld des Altschuldners ohne ein dem Übernehmer dafür gewährtes Äquivalent zu beurteilen sein.

Was hiermit mit besonderer Bezugnahme auf die Übernahme einer Schenkungsschuld des Altschuldners dargelegt wurde, bewährt sich aber auch in allen anderen Fällen, wo die Stellung des Gläubigers im Konkurse des Altschuldners durch die Beschaffenheit der causa eigenartig beeinflußt ist, vermöge deren das altschuldnerische Vermögen haftet. Dies soll noch an dem Falle gezeigt werden, daß die einen Nachlaß belastende Pflichtteils- oder Vermächtnisschuld übernommen wird, und daß es dann zur Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß des Übernehmers kommt. Niemand wird im Ernste auch nur behaupten wollen, daß der Anspruch des Gläubigers aus der Schuldübernahme in diesem Nachlaßkonkurs so zu behandeln sei, wie der Anspruch aus einer aus diesem Nachlaß nach den Grundsätzen des Pflichtteils- oder Vermächtnisrechtes zu leistenden Pflichtteils- oder Vermächtnisschuld. Nimmt man aber an, daß der Konkurs über das Vermögen des Übernehmers schon bei dessen Lebzeiten eröffnet worden ist, so ist es abermals unmöglich, das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus der Masse nach Maßgabe derjenigen Grundsätze zu bestimmen, welche für die Befriedigung von Pflichtteils- und Vermächtnisansprüchen im Konkurse über denjenigen Nachlaß gelten, welchem gegenüber diese Ansprüche zur Entstehung gelangt sind.

Das weitreichende Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist, daß die Verpflichtung des Schuldübernehmers auf einer anderen causa, einem anderen Entstehungsgrunde beruht als die Verpflichtung des Altschuldners. Knoke bemüht sich vergeblich, dies zu bestreiten. „Die Sukzessionstheorie — so bemerkt er S. 454 — führt zu der Vorstellung, daß der die Schuld des Urschuldners begründende Tatbestand in der Person des Schuldübernehmers fortwirkt." Es fragt sich nur, ob diese Vorstellung auch innerlich begründet ist, und damit ist es schlimm bestellt. Die früher üblich gewesene und von Knoke noch festgehaltene Annahme, daß es sich mit der Fortwirkung des in der Person des bisherigen Schuldners eingetretenen schuldbegründenden Tatbestandes in der Person des Übernehmers genau ebenso ver-

halte wie mit der Fortwirkung dieses Tatbestandes in der Person des Erben des ursprünglichen Schuldners, hat ihre Widerlegung schon früher durch die Erbringung des Nachweises gefunden, daß die auf der schuldrechtlichen Haftung des ursprünglichen Schuldners beruhende Schuldpflicht in der Person des Erben fortdauert[36], während im Falle der Schuldübernahme die Schuldpflicht des Altschuldners durch die auf neuer schuldrechtlicher Haftung beruhende Schuldpflicht des Übernehmers ersetzt wird.

Zur Rechtfertigung der Vorstellung von der angeblichen Fortwirkung des schuldbegründenden Tatbestandes in der Person des Schuldübernehmers beruft sich Knoke S. 456 ferner auf die Analogie der Zession und setzt hierbei mit folgender Bemerkung ein: „Unrichtig würde es freilich sein, wenn man die Sukzessionstheorie so formulieren wollte, daß es so anzusehen sei, als ob der das Schuldverhältnis begründende Tatbestand in der Person des Übernehmers eingetreten wäre. Damit würde man etwas fordern, was auch in anderen Sukzessionsfällen nicht zutrifft. Auch bei der Abtretung wird es nicht so angesehen, als wäre das Schuldverhältnis in der Person des neuen Gläubigers entstanden."

Es ist anzuerkennen, daß Knoke hierdurch aus der Sukzessionsvorstellung widersinnige Übertreibungen[37] ausschaltet und infolgedessen in der Lage ist, selbst von seinem Standpunkte aus zuzugeben, daß der Übernehmer einer Kaufpreis-, Darlehens-, Schenkungsschuld nicht selbst Käufer, Darlehensnehmer, Schenker wird. Nicht minder ist Knoke darin Recht zu geben, daß auch die Zession einer Kaufpreis-, Darlehens-, Schenkungsforderung dem Zessionar nicht dieselbe Stellung verschafft, wie wenn er den Kaufvertrag als Verkäufer abgeschlossen, das Darlehen gegeben hätte bezw. der vom Schuldner Beschenkte wäre. Ein der Zession

[36] Vgl. oben S. 50 ff. Daselbst ist auch gezeigt worden, daß die schlechthin unbeschränkte Haftung des Erben keineswegs eine notwendige und wesentliche Folge der erbrechtlichen Sukzession ist, sondern immer nur auf einem zu dieser noch hinzukommenden besonderen Grunde beruht.

[37] Vgl. hierzu übrigens bereits Salpius a. a. O. S. 493.

analoger Vorgang ist aber die Schuldübernahme trotzdem nicht, es kann auch in dieser Beziehung an bereits früher Gesagtes angeknüpft werden.

Der grundsätzliche Unterschied zwischen Zession und Schuldübernahme besteht in folgendem: Bei jener beruht des Recht des Zessionars auf derselben haftungsrechtlichen Grundlage, auf der bisher das Recht des Zedenten beruhte, und wirken daher die durch den Begründungstatbestand zunächst für den Zedenten ausgelösten Rechtsfolgen in der Person des Zessionars fort. Bei der Schuldübernahme wird dagegen die haftungsrechtliche Grundlage der Schuldpflicht des Altschuldners und damit zugleich die Grundlage des bisherigen Rechtes des Gläubigers beseitigt und bildet die Schuldübernahme eine neue causa für die in der Person des Neuschuldners eintretende schuldrechtliche Haftung. Woran will sich also die Vorstellung, daß der die Schuld des Altschuldners begründende Tatbestand in der Person des Schuldübernehmers fortwirke, halten und worin zeigt sich, daß die an jenen Tatbestand zu Lasten des Altschuldners geknüpft gewesenen Rechtsfolgen zu Lasten des Neuschuldners fortdauern? Als eine bloße Ausflucht müßte es bezeichnet werden, wenn man sich mit folgender Wendung begnügen wollte: Infolge des bezeichneten Tatbestandes sei die Verpflichtung des Altschuldners eingetreten und diese Rechtswirkung dauere in der Person des Neuschuldners insofern fort, als nunmehr er zur Leistung desselben verpflichtet ist, was vorher den Inhalt der Verpflichtung des Altschuldners bildete. Denn in der Aussage, daß in der Person des Altschuldners ein verpflichtungbegründender Tatbestand eingetreten ist, ist notwendig enthalten, daß der Altschuldner für die von ihm zu erbringende Leistung schuldrechtlich haftet. Knüpft sich an den Tatbestand keine schuldrechtliche Haftung, so ist er auch nicht geeignet, eine Schuldpflicht zu erzeugen. Als Fortwirkung des für die Entstehung der Verpflichtung des Altschuldners maßgebend gewesenen Tatbestandes könnte daher der Eintritt der Verpflichtung in der Person des Neuschuldners nur angesehen werden, wenn die zufolge

jenes Tatbestandes als notwendige Voraussetzung für die zu Lasten des Altschuldners entstandene Verpflichtung eingetretene schuldrechtliche Haftung des Altschuldners in der Person des Neuschuldners fortdauerte. Da dies nicht der Fall ist, hat die schuldrechtliche Haftung des Neuschuldners und damit auch dessen Schuldpflicht eine neue causa[38].

Erst hiermit ist der durchschlagende Grund dafür gewonnen, daß die konkursrechtliche Stellung des Gläubigers im Konkurse des Neuschuldners nicht dieselbe sein kann wie im Konkurse des Altschuldners. Da ihm das Vermögen des Neuschuldners aus einem anderen Grunde verhaftet ist als demjenigen, aus welchem ihm das Vermögen des Altschuldners verhaftet war, ist er daher auch im Konkurse über das Vermögen des Neuschuldners weder der Privilegien teilhaftig, die ihm im Konkurse über das Vermögen des Altschuldners zugekommen waren, noch den Zurücksetzungen ausgesetzt, die er sich in diesem Konkurse hätte gefallen lassen müssen[39].

---

[38] Sachlich ebenso Salpius, wenn er a. a. O. ausführt, daß bei der Schuldübernahme zwar auf die causa, aus der der Altschuldner schuldete, Bezug genommen wird, daß aber darum das referens doch nicht identisch ist mit dem relatum und die Verpflichtung des Übernehmers daher nicht dieselbe causa haben kann, wie die Verpflichtung des Altschuldners.

[39] Im Zusammenhang mit der Stellung des Gläubigers im Konkurse des Schuldübernehmers streift Knoke auch die Frage nach der Stellung der Nachlaßgläubiger im Konkurse des unbeschränkt haftenden Erben. Er bemerkt mit Recht, daß hierbei noch manches der Klärung bedarf. Die Hauptfrage ist, ob die Bestimmungen über die Rangordnung der Nachlaßgläubiger im Nachlaßkonkurs bezüglich dieser Gläubiger auch auf den Erbenkonkurs zu übertragen sind. Die Antwort kann nur verneinend lauten. Sind demnach die in KO. § 224 bezeichneten Verbindlichkeiten im Erbenkonkurs nicht Masseschulden, so geht es nicht an, die in KO. § 61 Z. 1—5 aufgeführten bevorrechteten Ansprüche im Erbenkonkurs auch dann — so Knoke, S. 430 f. — als bevorrechtet zu behandeln, wenn die ihnen entsprechenden Verbindlichkeiten nicht Eigenverbindlichkeiten des Erben, sondern Nachlaßverbindlichkeiten sind Denn dies würde dazu führen, daß diese Ansprüche im Erbenkonkurs den Vorrang vor Ansprüchen hätten, die im Nachlaßkonkurs als Ansprüche von Massegläubigern behandelt werden. Zuzustimmen ist Knoke, S. 458 dagegen in dem Punkt, daß der Gläubiger aus einem vom Erblasser gemachten Schenkungsversprechen diese Forderung

5. Nach der an die bekannte Vorschrift der l. 14 § 2 C. de comp. 4, 31 anknüpfenden Bestimmung des § 393 BGB. ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht zulässig. Knoke[40] will dies auch auf den Fall ausdehnen, daß hinsichtlich der Schuld des Delinquenten eine Schuldübernahme stattgefunden hat, und das ist vom Standpunkt

auch im Konkurse des unbeschränkt haftenden Erben geltend machen kann. KO. § 63 Z. 4 steht dem nicht entgegen, denn die Forderung belastet das Erbenvermögen nicht aus einer Freigebigkeit des Erben, sondern aus einem ganz anderen Grunde. Die dem Gesetze entsprechende Auffassung dürfte durch folgende Gegenüberstellung ihre Erklärung finden: a) Es soll zunächst angenommen werden, daß der gesamte Nachlaß in der Hand des Nachlaßkonkursverwalters bereits vereinigt ist und daß die Nachlaßgläubiger ihre Ansprüche gegen den unbeschränkt haftenden Erben nach Maßgabe von KO. § 234 geltend machen. Alle diese Gläubiger haben im Erbenkonkurs innerhalb der Schranken des genannten § 234 die Stellung gewöhnlicher Konkursgläubiger (vgl. auch Jaeger, Konkursordnung [3] Anm. 3 und 8 zu § 234) Eine Folge der erbrechtlichen Sukzession ist diese Haftung des Erbenvermögens nicht, sondern eine besondere Folge desjenigen Umstandes, vermöge dessen die unbeschränkte Haftung des Erben eingetreten ist. Eine andere Frage ist freilich, ob die Gesetzgebung nicht hinreichende Veranlassung hätte, die Erbengläubiger gegen die Gefahren der unbeschränkten Haftung des Erben irgendwie zu schützen. b) Der gesamte Nachlaß ist in dem Erbenvermögen, über das Konkurs eröffnet worden ist, derart aufgegangen, daß der Nachlaß nur mehr aus den im Erbenvermögen enthaltenen Werten der vorhanden gewesenen Nachlaßgegenstände besteht. Kommt es dann neben dem Erbenkonkurs noch zur Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß, so wird der Nachlaßkonkursverwalter bestrebt sein, die bezeichneten Werte aus dem Erbenkonkurs herauszuziehen, indem er den ihnen entsprechenden Gesamtbetrag gegenüber dem Erbenkonkurs als gewöhnliche Konkursforderung geltend macht. Der Grund für diese Haftung des Erbenvermögens besteht darin, daß die den Nachlaß bildenden Werte im Erbenvermögen enthalten sind, und er greift selbstverständlich auch durch, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten nur beschränkt haftet. Was der Nachlaßkonkursverwalter auf dem angegebenen Wege als Nachlaßkonkursmasse erzielt, würde sodann den Nachlaßgläubigern nach den Grundsätzen des Nachlaßkonkurses zukommen. Außerdem könnten aber die Nachlaßgläubiger gegenüber der Erbenkonkursmasse die auf der Unbeschränktheit der Haftung des Erben beruhenden Ansprüche so geltend machen wie im Falle a. — Obschon die unter a und b herausgehobenen Fälle in der angenommenen scharfen Ausprägung praktisch nicht leicht vorkommen werden, so sind sie doch gerade vermöge dieser wohl geeignet, das, worauf es ankommt, zu veranschaulichen.

[40] S. 459.

der Sukzessionstheorie aus nur konsequent. Erkennt man dagegen an, daß das Vermögen des Neuschuldners nicht aus der vom Altschuldner vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung, sondern auf Grund der Schuldübernahme haftet, so muß die durchgreifende Anwendung des § 393 auf den Schuldübernehmer — der vielleicht von der Besonderheit des Ursprungs der Schadensersatzforderung des Gläubigers gegen den Altschuldner zur Zeit der Schuldübernahme keine Kenntnis gehabt hat — sicherlich entfallen. Sich darüber zu beklagen, hat der Gläubiger keinen gerechten Grund, denn *er* war es ja doch selbst, der den Altschuldner und damit zugleich dessen infolge des Delikts ihm haftendes Vermögen freigegeben hat. Einer auf Ausschließung der Aufrechnung durch den Schuldnehmer gerichteten Verabredung steht selbstverständlich nichts im Wege. Daraus allein, daß der Übernehmer die besondere Beschaffenheit der Schuld des Altschuldners gekannt hat, wird jedoch der Schluß auf eine stillschweigende Vereinbarung des bezeichneten Inhalts noch nicht gezogen werden dürfen.

6. Die Schuldübernahme *als solche* bedarf einer bestimmten Form nicht. Gänzlich entfällt insbesondere die Anwendung derjenigen Formvorschriften, welche das Gesetz in den §§ 518, 766 mit Rücksicht auf die Besonderheit des Verpflichtungsgrundes und in den §§ 780, 781 mit Rücksicht auf die künstliche Abstraktion von einem materiellen Verpflichtungsgrunde aufstellt[41]. Das Wesen der Schuldübernahme bringt es mit sich, daß sie, abgesehen von dem in ihr selbst liegenden Zwecke[42], eine *materielle Kausalbeziehung zwischen dem Gläubiger und Übernehmer überhaupt nicht voraussetzt* und daß daher auch die ge-

[41] Dazu *meine* Schuldübernahme, S. 394/164.

[42] Dieser besteht aber bei der *privativen* Schuldübernahme lediglich in der Ersetzung der schuldrechtlichen Haftung für den Inhalt des aus dem bisherigen Kausalverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Altschuldner für jenen sich ergebenden Bekommenfollens durch die schuldrechtliche Haftung des Neuschuldners und bei der *kumulativen* Schuldübernahme in der Übernahme einer dem Gläubiger gegenüber wirksamen schuldrechtlichen Haftung gleichen Inhalts neben der fortdauernden schuldrechtlichen Haftung des Altschuldners.

nannten Bestimmungen für die Schuldübernahme ohne Bedeutung sind.

Das BGB. enthält aber auch auf Verpflichtungsgeschäfte sich beziehende Formvorschriften, welche die Beobachtung einer Form wegen des Inhalts der eingegangenen Verpflichtung verlangen. So bedarf nach § 313 ein Vertrag, durch den ein Teil sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung und ist nach § 761 zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leibrente versprochen wird, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich. Wenn die Vertreter der Sukzessionstheorie diese Vorschriften auf den Fall der Übernahme einer Schuld des in den §§ 313, 761 bezeichneten Inhalts nicht anwenden wollen[43], so haben sie dafür keinen anderen Grund, als daß sich dies mit ihrer Theorie nicht vereinbaren ließe. Sachliche Erwägung — die allein maßgebend sein kann — läßt die Anwendung der genannten Vorschriften als unumgänglich erscheinen. Bedeutet es für den mit einer Schuld der bezeichneten Art sich und sein Vermögen Belastenden praktisch doch ganz dasselbe, ob diese Belastung im Wege der Schuldübernahme erfolgt oder mittels eines, ohne Bezugnahme auf eine bereits bestehende Verpflichtung eines anderen, geschlossenen Verpflichtungsvertrags, und hält es die Rechtsordnung für geboten, den eine solche schuldrechtliche Belastung auf sich Nehmenden gegen seine eigene Voreiligkeit durch eine Formvorschrift zu schützen, so kann sie ihm diesen Schutz auch im Falle der Schuldübernahme nicht versagen[44].

---

[43] Vgl. jetzt besonders v. Gierke, Schuldnachfolge und Haftung S. 50 Anm. 3, und Knoke, S. 460. Beide Schriftsteller lassen übrigens § 761 unerwähnt.

[44] In seiner auf § 313 sich beziehenden Bemerkung weicht Knoke der Hauptfrage aus. Er begnügt sich mit der seiner Berufung auf die Sukzessionstheorie gemachten Beifügung, daß ja doch auch eine bezüglich einer Schuld, zufolge deren der Schuldner dem Gläubiger zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück verpflichtet ist, vorgenommene Erfüllungsübernahme der Form des § 313 nicht bedürfe. Wie es sich mit einer solchen Erfüllungsübernahme verhält, ist eine Frage für sich. Es

Bis wohin man sich auf Grund der Sukzessionstheorie verirren kann, dürfte am besten durch eine an § 2371 BGB. anknüpfende Frage in richtige Beleuchtung gerückt werden. Nach dieser Bestimmung in Verbindung mit § 2385 bedarf ein auf Veräußerung einer Erbschaft gerichteter schuldrechtlicher Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Das Gesetz geht dabei von dem Normalfalle aus, daß der zur Übertragung des Erbvermögens sich Verpflichtende der wirkliche Erbe ist. Es setzt aber doch als möglich voraus, daß die hierauf gerichtete Verpflichtung von einem Nichterben eingegangen wird (vgl. § 2376). Zweifellos ist, daß das Formerfordernis wegen des bedeutsamen Inhalts der in Frage kommenden Verpflichtung aufgestellt ist. Dies vorausgeschickt, soll jetzt angenommen werden, daß ein Nichterbe die Erbschaft im eigenen Namen verkauft hat und daß es hierauf im Wege der Schuldübernahme zur Übernahme der Verpflichtung des Erbschaftsverkäufers durch den wahren Erben kommen soll. Nach der Sukzessionstheorie bedürfte es zur Belastung des wahren Erben mit der Verpflichtung zur Übertragung der Erbschaftsgegenstände auch in diesem Falle nicht der Beobachtung der Form des § 2371. Allein, wie will man dies mit dem Wortlaut, Sinn und Zweck der genannten Bestimmung vereinigen?

---

kann sein, daß der Erfüllungsübernehmer dem Schuldner gegenüber nach Maßgabe der konkreten Absicht der Parteien lediglich dafür einzustehen hat, daß der Schuldner vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen werde. Dann wird die Beobachtung des § 313 für die Erfüllungsübernahme als entbehrlich zu erachten sein. Die Absicht kann aber auch darauf gerichtet sein, daß der Schuldner dem Erfüllungsübernehmer gegenüber primär soll berechtigt sein, die Eigentumsübertragung am Grundstück an den Gläubiger im Wege der Klage zu verlangen (vgl. auch § 329 BGB.). In diesem Falle wird die Form des § 313 erfüllt werden müssen. Vgl. dazu die in meiner Schuldübernahme, Anm. 211 zitierten Schriftsteller. Wie es sich aber auch immer mit der Erfüllungsübernahme verhalten mag, so steht es doch mit dem im Texte besprochenen Falle der Schuldübernahme schon grundsätzlich ganz anders. Denn hier nimmt der Übernehmer eine sein Vermögen bisher nicht belastende Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück dem Gläubiger gegenüber neu auf sich. Dies führt unabweisbar zur Entscheidung des Textes; für diese jetzt auch Partsch in Goldschmidts Z. 74, 186 gegen v. Gierke.

7. Mit dem unter Z. 6. besprochenen Punkte stehen auch die in den §§ 1445, 1821 Z. 1 und 3, 1822 Z. 1 BGB. enthaltenen Bestimmungen in nahem Zusammenhang. Nach der zuerst genannten Vorschrift bedarf die Eingehung der Verpflichtung zur Veräußerung eines zum Gesamtgut gehörenden Grundstücks durch den Mann der Einwilligung der Frau und nach § 1821 Z. 1 und 3 bedarf der Vormund zur Eingehung einer das Mündelvermögen belastenden Verpflichtung zur Veräußerung eines Grundstücks der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht. Dies gilt zweifellos auch dann, wenn die Belastung des Gesamtguts bezw. des Mündelvermögens im Wege der Schuldübernahme erfolgt. In gleicher Weise muß auf Grund des § 1822 Z. 1 entschieden werden, daß das für die Eingehung einer Verpflichtung zur Veräußerung einer dem Mündel angefallenen Erbschaft ebenfalls aufgestellte Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auch für den Fall der Belastung des Mündelvermögens mit einer Verpflichtung dieses Inhalts im Wege der Schuldübernahme maßgebend sein muß. Man kommt also nicht darüber hinaus, die Schuldübernahme als das zu behandeln, was sie, soweit der Neuschuldner in Betracht kommt, auch wirklich ist, nämlich als Verpflichtungsvertrag.

8. Auf Grund der Sukzessionstheorie war durch einige Zeit behauptet worden, der die Schuld des Altschuldners nach der diesem gegenüber eingetretenen Rechtshängigkeit Übernehmende müsse als „Rechtsnachfolger" im Sinne des § 325 ZPO. das gegen den Altschuldner ergangene rechtskräftige Urteil gegen sich gelten lassen. In jüngster Zeit hat sich jedoch der Widerspruch gegen diese, selbst von Knoke ausdrücklich abgewiesene Auffassung in solchem Maße verstärkt, daß sie hier nicht abermals widerlegt zu werden braucht[45].

---

[45] Vgl. außer Knoke, S. 462 f. jetzt auch noch Seuffert, Zivilprozeßordnung [7] (zu § 325 unter 4 b), der seine frühere Auffassung aufgegeben hat; Meister, Die Veräußerung im Streit befangener Sachen und Abtretung rechtshängiger Ansprüche (1911) S. 64; Weißkopf, Der Begriff

9. Während Knoke den Versuch einer Verwertung des § 325 ZPO. zugunsten der Sukzessionstheorie mit Recht aufgibt, glaubt er Belege dafür, daß diese Theorie in prozessualer Beziehung zu wünschenswerten Ergebnissen führe, teils dem GVG., teils der ZPO. entnehmen zu können[46]. Er beruft sich zunächst auf GVG. § 70 Abs. 2, wo bestimmt ist, daß die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind für die Ansprüche gegen Reichsbeamte wegen Überschreitung ihrer amtlichen Befugnisse und wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen[47]. Nach Knokes Ansicht soll dieselbe Erwägung, aus der das Reichsgericht, Entscheid. 33, 244, angenommen hat, daß die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts auch bestehen bleibt, wenn der Schuldner vor der Klagerhebung die Beamteneigenschaft verloren hat, auch bei der Schuld-

---

der Rechtsnachfolge in der ZPO. (1913), S. 52 ff. — In meiner Schuldübernahme, S. 398 f./168 f. habe ich auf die Möglichkeit hingewiesen, daß der ohne sein Wissen durch Schuldübernahme befreite Altschuldner auf die gegen ihn sich richtende Klage des Gläubigers hin rechtskräftig zur Zahlung verurteilt wird. Wie kann hier Abhilfe geschaffen werden? Ich antwortete hierauf, daß „unter Umständen" dem nunmehr auf Grund der Schuldübernahme ebenfalls verklagten Übernehmer eine exceptio doli zuzubilligen sein werde. Mit diesem Falle beschäftigen sich jetzt auch Knoke, S. 463 Anm. 89 und Riezler, Venire contra factum proprium (1912), S. 160 f. Beide meinen, daß eine Abhilfe nur dem infolge des dolosen Vorgehens des Gläubigers verurteilten Altschuldner zu gewähren sei, keinesfalls dem Übernehmer. Hierbei wird übersehen, daß die Umstände sehr verschieden sein können. Zweifellos so, daß dem Altschuldner gegenüber dem formell begründeten Anspruch des Gläubigers geholfen werden muß. Es ist aber ebensogut eine Gestaltung der Verhältnisse denkbar, vermöge deren der Altschuldner, nachdem er einmal rechtskräftig verurteilt ist, ein Interesse daran hat, sich dem Gläubiger gegenüber auf den von diesem erstrittenen formellen Standpunkt zu stellen, dessen urteilsmäßigen Anspruch also z. B. durch Aufrechnung zu befriedigen und sich mit dem Übernehmer in einer der Rechtslage entsprechenden Weise auseinanderzusetzen. Will der Gläubiger mit Rücksicht auf die Schuldübernahme die Aufrechnung durch den Altschuldner sich nicht gefallen lassen, und geht er gegen den Übernehmer vor, so kann diesem ein Schutz unmöglich versagt werden.

[46] S. 460 f.

[47] Da Knoke den Einfluß des RHaftG. vom 22. Mai 1910 nicht in Betracht zieht, so kann dieses Gesetz auch hier unberührt bleiben.

übernahme zutreffen. Man überzeugt sich jedoch sofort vom Gegenteil, wenn man sich nur die Möglichkeit vor Augen hält, daß die Schuldübernahme erst nach erfolgter rechtskräftiger Verurteilung des Reichsbeamten stattfindet. Will der Gläubiger nunmehr gegen den Schuldübernehmer vorgehen, so kann er gewiß nicht auf Grund des gegen den Altschuldner erwirkten rechtskräftigen Urteils eine zur Führung der Zwangsvollstreckung gegen den Übernehmer zu verwendende vollstreckbare Ausfertigung verlangen. Er muß vielmehr gegen den Übernehmer neuerdings klagen. Nicht minder gewiß ist, daß sich der Versuch der Übertragung der in § 70 GVG. bezüglich gewisser, gegen einen Reichsbeamten sich richtenden Ansprüche getroffenen Zuständigkeitsbestimmungen auf einen den Reichsbeamten in keiner Weise mehr berührenden Anspruch des Gläubigers gegen den Übernehmer als ebenso willkürlich als zweckwidrig darstellt. Dieses Urteil verändert sich auch nicht, wenn man die obige Voraussetzung, daß die Schuldübernahme erst nach der rechtskräftigen Verurteilung des Beamten stattgefunden hat, fallen läßt. Wird zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer freilich streitig, ob und in welcher Höhe der Beamte, dessen angebliche Schuld übernommen wurde, Schuldner geworden sei, so ist in Ansehung dieses Punktes die Möglichkeit der Erhebung der Feststellungsklage gegeben, bezüglich deren die Zuständigkeitsbestimmung des § 70 GVG. unmittelbar eingreift.

Knoke hält es sodann für angemessen, daß im Falle der Übernahme einer vom Altschuldner nach den §§ 843—845 BGB. zu entrichtenden Geldrente auch dem Übernehmer gegenüber die Bestimmung des § 324 ZPO. zur Geltung komme. Dem ist beizustimmen. Zu dem von Knoke angestrebten Ergebnis gelangt man aber ohne Zuhilfenahme der Sukzessionstheorie schon auf Grund der Erwägung, daß der Inhalt der Verpflichtung des Übernehmers sich nach demjenigen richtet, wozu der Altschuldner kraft des zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses verpflichtet ist. Zum Inhalt der Verpflichtung

des Altschuldners gehört aber auch die in den §§ 843—845 BGB. bestimmte Sicherstellungspflicht. Da diese Pflicht — soweit ein anderes nicht festgesetzt wurde — mit übernommen ist, muß sie den Übernehmer auch in dem in § 324 ZPO. vorgesehenen Falle treffen.

In ZPO. § 708 Z. 6 und § 709 Z. 1—3 ist ausgesprochen, daß die Urteile wegen der daselbst bezeichneten Ansprüche auf Antrag ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind. Die Beantwortung der Frage, ob diese Vorschriften auch dem Schuldübernehmer gegenüber anzuwenden sind, bereitet keine Schwierigkeit. Handelt es sich um die übernommene Verpflichtung zur Entrichtung von Alimenten oder zur Entrichtung einer nach den §§ 843, 844 BGB. zu leistenden Rente, so wird an dem wirtschaftlichen Zweck der Leistung durch die Schuldübernahme nicht das Geringste geändert. Die mit Rücksicht auf diesen Zweck getroffene Bestimmung von ZPO. § 708 Z. 6 greift daher auch dem Schuldübernehmer gegenüber genau so durch wie gegenüber dem Altschuldner. Die in ZPO. § 709 Z. 1—3 erwähnten Ansprüche sind so beschaffen, daß bezüglich ihrer eine Schuldübernahme nicht leicht vorkommen wird. Die Möglichkeit einer solchen ist aber doch nicht unbedingt ausgeschlossen. So ist es z. B. wohl denkbar, daß die dem Vermieter obliegende Verpflichtung zur Wegschaffung der im Mietraume sich noch befindenden Sachen oder die Verpflichtung eines Reisenden zur Begleichung der Rechnung des Wirtes von einem anderen übernommen wird. Eine der Absicht des Gesetzes gerecht werdende Auslegung wird in einem Falle dieser Art dem Gläubiger den Vorteil der vorläufigen Vollstreckbarkeit des gegen den Übernehmer erwirkten Urteils gewiß nicht versagen. Die Rechtfertigung für diese Entscheidung liegt auch hier nur in dem wirtschaftlichen Zweck der Leistung.

III.

Die Sukzessionstheorie ist durch die von ihr selbst künstlich gezogenen Schranken außer stande, einer ganzen Reihe von Ge-

staltungen gerecht zu werden, die ihre befriedigende praktische Behandlung nur durch Anwendung des Rechtes der Schuldübernahme überhaupt oder doch wenigstens einiger für diese charakteristischen Rechtssätze finden können.

1. Die Möglichkeit der Übernahme der Schuld aus einem Wechselakzept durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer in der Weise, daß der Wechsel unbrauchbar gemacht wird, kann nicht bestritten werden. Die Schuld des Übernehmers ist dann gewiß keine Wechselschuld. Knoke[48] sieht sich aus diesem Grunde zum Schlusse gedrängt, daß keine wahre Schuldübernahme vorliege. Die Vergleichung unseres Falles mit anderen Fällen der Schuldübernahme zeigt jedoch, daß er sich von diesen sachlich nicht unterscheidet, nur springt bei ihm die bei allen Fällen der Schuldübernahme nachweisbare Verschiedenheit der causa der Verpflichtung des Neuschuldners von der Verpflichtung des Altschuldners geradezu in die Augen. Von praktischer Wichtigkeit ist insbesondere, ob im vorausgesetzten Falle § 418 Abs. 1 anwendbar ist. Selbst Knoke hat nicht den Mut, dies in Abrede zu stellen, und weiß auch sonst eine innerlich begründete Abweichung von dem praktischen Recht der Schuldübernahme nicht nachzuweisen.

2. Es ist eine nicht abzuleugnende Tatsache, daß die kumulative Schuldübernahme nicht selten nach einiger Zeit in eine privative Übernahme übergeht. Während v. Gierke[49] sich mit dieser Erscheinung dadurch abfinden zu können glaubt, daß er auch schon die kumulative Schuldübernahme als Schuldzukzession konstruiert, hält Knoke[50], obschon er bei der kumulativen Schuldübernahme mit v. Gierke eine vervielfältigende Schuldzukzession annimmt, die Ausgestaltung einer kumulativen Schuldübernahme zu einer privativen für konstruktiv unmöglich und erhebt er gegen sie auf Grund von § 418 Abs. 1 auch praktische Bedenken.

---

[48] S. 425 f.

[49] Schuldnachfolge und Haftung, S. 34 Anm. 2; vgl. auch S. 78 f. dieser Abhandlung.

[50] S. 453 ff.

Der theoretische Standpunkt Knokes ist begreiflich. Denn selbst derjenige, welcher die kumulative Schuldübernahme unter den Gesichtspunkt der vervielfältigenden Schuldsukzession bringt, muß zugeben, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Kumulativ-Übernehmer eine andere ist als die ihm gegen den Altschuldner zur Zeit noch immer zustehende, und deshalb in Verlegenheit geraten, wenn die vervielfältigende Sukzession nun auf einmal die Wirkung einer translativen Sukzession erhalten soll. Die Sukzessionskonstruktion versagt also allerdings. Was sich bei Festhaltung dieser Konstruktion als unmöglich herausstellt, erledigt sich aber sehr einfach, sobald man sich von ihren Fesseln befreit.

Damit den folgenden Ausführungen eine feste Unterlage nicht fehle, sollen sie von der Bestimmung des § 41 Preuß. Eigentumserwerbs-G. vom 5. Mai 1872 ihren Ausgang nehmen; sie lautet:

„Hat der Erwerber eines Grundstücks die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Übernahmevertrag nicht beigetreten ist.

Der Veräußerer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigentümer des Grundstücks gekündigt und binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit eingeklagt hat.

Ist das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft, so beginnt die Frist mit Ablauf der Zeit oder Eintritt des Ereignisses."

Hiernach trat also vor dem Wirksamwerden des deutschen BGB. im Geltungsgebiete des genannten preußischen Gesetzes im Falle des berufenen § 41 zunächst neben die vorläufig fortdauernde persönliche Haftung des Altschuldners die persönliche

Haftung des neuen Grundstückseigentümers, wurde aber jener unter gewissen Voraussetzungen frei, so daß dann dem Gläubiger nur mehr der neue Erwerber persönlich haftete. Von selbst verstand sich zugleich, daß die hypothekarische Haftung des vom Käufer erworbenen Grundstücks, ungeachtet der Erlöschung der Haftung des früheren persönlichen Schuldners fortdauerte[51].

Ein ähnliches Ergebnis läßt sich auch nach heutigem Recht im Wege der Vereinbarung erzielen, nnd es wäre nur zu wünschen, wenn die im Hypothekenverkehr üblichen Vereinbarungen sich innerhalb der im vorerwähnten preußischen Gesetz gezogenen Grenzen hielten, statt über sie weit hinauszugehen[52].

Knoke entwickelt gegen die Möglichkeit der von den Beteiligten angestrebten Ausgestaltung einer kumulativen Schuldübernahme in eine privative folgendes Bedenken: Eine Anwendung des § 418 Abs. 1 BGB. auf unseren Fall in dem Sinne, daß durch die Einwilligung des Bürgen oder des Eigners des haftenden Gegenstandes die Haftung des Bürgen, des Pfandes oder des Grundstücks auch auf die Schuld des Übernehmers erstreckt werde, sei ausgeschlossen. Denn die Schuld des Übernehmers könne durch Verzug oder Verschulden eine Erweiterung[53]

---

[51] Darauf war die im Texte berufene Bestimmung geradezu abgesehen.

[52] Nach den ebenso zuverlässigen als bedeutsamen Mitteilungen und Nachweisungen Obernecks in seinem für den 31. deutschen Juristentag erstatteten Gutachten (betreffend Änderung des geltenden Rechts bei Übernahme einer Hypothek) geht das Ziel der Hypothekengläubiger im Falle eines bezüglich des mit der Hypothek belasteten Grundstücks eintretenden Wechsels in der Person des Eigentümers auf Festhaltung der bisherigen persönlichen Haftung des früheren Eigentümers und auf Herbeiführung einer weiteren persönlichen Haftung des neuen Eigentümers, so daß es zu einer dauernden kumulativen persönlichen Haftung kommt. Tatsächlich wird dieses Ziel auf dem von Oberneck angegebenen Wege auch erreicht; vgl. Gutachten-Band II, S. 423 ff. (1912). Dazu noch mein Referat in Verhandlungen des 31. deutschen Juristentags III, S. 136 ff. (1913).

[53] Hierbei läßt Knoke übrigens außer Acht, daß ein Grundstück kraft der Hypothek keineswegs schlechthin für die Verzugsfolgen haftet (vgl. § 1118 BGB.).

erfahren, die die Schuld des Altschuldners nicht berühre und umgekehrt. Der Bürge bezw. das Pfand würde also nicht nur für das Verhalten des Altschuldners sondern auch für das Verhalten des Übernehmers einzustehen haben, während im Falle einer privativen Schuldübernahme eine solche Haftung für das Verhalten von zwei Schuldnern nebeneinander nicht eintrete. Zur Herbeiführung der bezeichneten Erweiterung der Haftung des Bürgen, des Pfandes könne daher auch die vom Gesetz bei der privativen Schuldübernahme zur Forthaftung des Bürgen, des haftenden Gegenstandes für die Schuld des Übernehmers für genügend erachtete formlose Einwilligung des Bürgen, des Pfandeigners unmöglich hinreichen, sondern sei vielmehr neuerliche Bürgschafts-, Pfand-, Hypothekbestellung unbedingt erforderlich.

Diese Auseinandersetzung Knokes beruht auf einem Mißverständnis. Bei der Ausgestaltung einer kumulativen Schuldübernahme in eine privative handelt es sich nämlich gar nicht darum, daß die zur Sicherung der Schuld des Altschuldners bestellten Bürgen und Pfänder auch für die Schuld des Übernehmers haftbar gemacht werden. Zunächst bleibt es dabei, daß die erwähnten Bürgen und Pfänder nur für die Schuld des Altschuldners nicht auch für die Schuld des Übernehmers haften. Zufolge der von den Bürgen und Pfandeignern erteilten Einwilligungen haften die Bürgen und Pfänder erst mit dem Zeitpunkt für die Schuld des Übernehmers, in welchem die Schuld des Altschuldners erlischt und sich dadurch die Umwandlung der kumulativen Schuldübernahme in eine privative vollzieht.

3. Ist es mit dem Wesen der Schuldübernahme vereinbar, daß sie nach Maßgabe der konkreten Absicht der Beteiligten im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Altschuldner denselben Erfolg herstellt, wie wenn dieser jenen befriedigt hätte? Die Frage wird von Hellmann im Anschluß an meine Schuldübernahme

bejaht[54], von Knoke verneint[55]. Da ihre abstrakte Erörterung der Anschaulichkeit entbehren würde, muß derselben ein Beispielsfall zugrunde gelegt werden.

Für dieselbe, nur einmal zu bewirkende Leistung haften dem G als Solidarschuldner A und B. Zur Sicherung der Verpflichtung des A besteht für den G eine Hypothek an einem Grundstück des A. Obschon die Last der Schuld im Verhältnis zwischen A und B von diesem allein zu tragen ist, so sieht A doch voraus, daß er den G zunächst werde befriedigen müssen, um dann zu geeigneter Zeit — und zwar, wie er denkt, im Wege der Aufrechnung — gegen B seinen Rückgriff nehmen zu können. Als er das mit der Hypothek belastete Grundstück veräußert, vereinbart er daher mit dem Käufer in Ansehung der Schuld Erfüllungsübernahme[56]. Zufolge dieser ist der Käufer dem A gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des G verpflichtet. Die Verhältnisse gestalten sich jedoch so, daß der G keinen Wert darauf legt, bei Fälligkeit seiner Forderung durch Zahlung befriedigt zu werden, sondern bereit ist, sich auf eine Schuldübernahme einzulassen, die schließlich unter folgenden Bedingungen zustande kommt: C übernimmt die Schuld des A unter selbstverständlicher Forthaftung der inzwischen durch Löschung voreingetragener Rechte sehr viel wertvoller gewordenen Hypothek. Der G bewilligt dem C eine erhebliche Hinausschiebung des Zahlungstermins und stellt, um dadurch den C dem A gegenüber von der Haftung aus der Erfüllungsübernahme frei zu machen, dem A eine Erklärung des Inhalts aus, daß er bezüglich seiner Forderung gegen diesen vom C auf Rechnung des A befriedigt worden ist.

---

[54] S. 518; er macht sich jedoch der Übertreibung schuldig, daß der Gläubiger bei jeder (privativen) Schuldübernahme im Verhältnis zum Altschuldner als befriedigt anzusehen sei. Um so unbegreiflicher ist sein Festhalten an der Sukzessionstheorie bei der Schuldübernahme.

[55] S. 446 ff.

[56] Hierzu § 329 BGB. Über einen Fall, wo kraft Gesetzes ein Rechtsverhältnis eintritt, wie es sonst durch Erfüllungsübernahme geschaffen wird, vgl. § 2166 BGB.

A tritt dem entsprechend nach § 426 BGB. in das Recht des von ihm befriedigten G gegen den B ein und macht den so auf ihn übergegangenen Anspruch gegen den B auch geltend.

In richtiger Erkenntnis, daß eine Schuldübernahme der hier vorausgesetzten Art mit der Sukzessionstheorie nicht vereinbar ist, spricht Knoke dem Vorgang den Charakter der Schuldübernahme ab. Eine Schuldübernahme soll nach Knoke im Verhältnis zwischen dem Altschuldner und dem Gläubiger nicht als Befriedigung wirken können. Sei letzteres beabsichtigt, so liege eben keine Schuldübernahme, sondern nur die Eingehung einer Verpflichtung an Erfüllungsstatt vor, und entfalle dadurch mit Notwendigkeit die Anwendbarkeit von § 418 Abs. 1. Hiernach würde also in unserem Falle, obschon dem G gegenüber die bisherige schuldrechtliche Haftung des A durch die schuldrechtliche Haftung des C ersetzt wird und obschon das haftende Grundstück dem C selbst gehört, die in § 418 Abs. 1 vorgesehene Forthaftung des Grundstücks für die Forderung des G an den C nicht eintreten, sondern müßte es dem C erst auf dem in § 1180 BGB. bezeichneten Wege durch ein besonderes sachenrechtliches Rechtsgeschäft und Eintragung in das Grundbuch neu haftbar gemacht werden. Das ist aber für den Verkehr umso weniger erträglich, als man sich dabei dem Eindruck nicht entziehen kann, daß gesunde, praktische Bedürfnisse einer formalistischen Denkweise zum Opfer gebracht werden sollen.

Der Beweis für das eben gefällte Urteil ist leicht zu erbringen. Die Bedenken Knokes würden nämlich sofort entfallen, wenn man unseren Fall folgendermaßen verändert: C übernimmt durch Vertrag mit dem G die Schuld des A, bedingt sich aber zugleich aus, daß der nunmehr ohnedies hinreichend gesicherte G seinen Anspruch gegen den Solidarschuldner B dem A zediert. Nachdem diese Abtretung stattgefunden hat, verfolgt A den abgetretenen Anspruch gegen B. Bei diesem Sachverhalt müßte die Forthaftung des Grundstücks für die Forderung des G gegen den C auch nach Knokes Auffassung ohne weiteres eintreten, obschon

die praktischen Ziele der Parteien ganz dieselben sind wie bei dem zuerst angenommenen Tatbestand.

Übrigens ist Knoke selbst weit entfernt davon, die Bedeutung seines konstruktiven Bedenkens zu überschätzen. Er legt deshalb eine scharfsinnig ausgedachte Kombination vor, auf Grund deren er den sachlichen Beweis für die Unmöglichkeit einer Schuldübernahme mit gleichzeitiger Tilgungswirkung im Verhältnis des Gläubigers zum Altschuldner führen will. Seine wesentliche Voraussetzung ist, daß sich jemand sowohl für die Verpflichtung des Solidarschuldners A als für die des Solidarschuldners B verbürgt hat[57]. Ungeachtet dieser Doppelverbürgung darf der Bürge mit Sicherheit darauf rechnen, daß er für den verbürgten Betrag, selbst im schlimmsten Falle, nur einmal werde aufkommen müssen. Hieran würde auch dann nichts geändert werden, wenn die Schuld des Solidarschuldners A im Wege einer das Recht des Gläubigers gegen den Solidarschuldner B unberührt lassenden Schuldübernahme von C übernommen wird. Dies ist vollkommen richtig. Nehme man jedoch an — und hiermit gelangt Knoke zur Entwicklung seines sachlichen Bedenkens —, daß die zwischen dem Gläubiger und dem C hinsichtlich der Schuld des A vorgenommene Schuldübernahme im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem A Tilgungswirkung habe, so müsse der Bürge, wenn er dem Gläubiger wie früher für die Schuld des A, so jetzt auch für die Schuld des Übernehmers hafte, infolge seiner bürgschaftlichen Doppelhaftung den verbürgten Betrag möglicherweise zweimal bezahlen, einmal dem A, auf den die durch die Bürgschaft gesicherte Forderung gegen den B übergangen ist, und zum zweiten Male vielleicht auch noch dem Gläubiger aus der Schuldübernahme. Auch dies ist zuzugeben und zutreffend ist daher auch der von Knoke gezogene Schluß, daß die formlose Einwilligung des Bürgen in die zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer getroffene Vereinbarung die

[57] S. 448. Auf unwesentliche Einzelheiten des von Knoke vorgelegten Beispielsfalles wird im Texte nicht weiter eingegangen.

Haftung des Bürgen nicht in der oben angegebenen Weise erweitern könne.

Knokes Fall ist ein künstlich präparierter und trägt daher auch nicht die Farbe des Lebens in sich. Seine sinnreich ausgeklügelte Anomalie besteht darin, daß das Wofür der bisherigen Haftung des Bürgen eine unvermeidliche Erweiterung erfährt, wenn der für die Schuld des Solidarschuldners B haftende Bürge auch noch als Bürge für die Schuld des Übernehmers haftet, nachdem die Verknüpfung mit der Schuld des B gelöst ist. Der Grund für diese Anomalie liegt aber in der von Knoke angenommenen und praktisch wohl nicht vorkommenden Verbürgung für jeden von zwei Solidarschuldnern durch denselben Bürgen. Denkt man sich die Doppelverbürgung weg, so daß also der Bürge schon von vornherein nur für die Schuld des A haftete, so ist die Möglichkeit, daß der in die Schuldübernahme einwilligende Bürge das Wofür seiner bisherigen Haftung erweitert, ausgeschlossen. Zu berücksichtigen bleibt aber selbst dann noch ein von Knoke zwar nicht hervorgehobener aber doch sehr beachtlicher Gesichtspunkt.

Bei einer Schuldübernahme der hier vorausgesetzten Art muß der für die übernommene Schuld bisher haftende Bürge, wenn man von seiner Einwilligung in die Schuldübernahme vorläufig absieht, aus zweifachem Grunde frei werden: einmal wegen der Ersetzung des bisherigen Hauptschuldners durch einen anderen nach § 418 Abs. 1, dann aber auch wegen der Zerreißung des Zusammenhangs der durch die Schuldübernahme übernommenen Schuld mit der Schuld des Solidarschuldners B. Schon infolge des letzteren Umstandes für sich allein müßte der Bürge für die Schuld des A, weil ihm durch das Vorgehen des Gläubigers die Anwartschaft auf den eventuellen Regreß gegen den B entzogen worden ist, nach § 876 BGB. seiner bürgschaftlichen Haftung entledigt werden. Die Einwilligung des Bürgen ist daher nur dann geeignet, ihn für die Schuld des Übernehmers haftbar zu machen, wenn sie sich nicht nur auf den Wechsel in der Person

des Schuldners, sondern auch auf die Entlassung des bisherigen Solidarschuldners B aus dem Gesamtschuldverhältnis bezieht.

Schon bei Papinian (vgl. l. 80 D. 50, 17) finden wir den Satz: in toto jure generi per speciem derogatur. So hat denn auch die Schuldübernahme mit im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Altschuldner eintretender Tilgungswirkung ihre Eigentümlichkeiten. Dem muß Rechnung getragen werden. Soweit aber solche Eigentümlichkeiten nicht vorliegen, bleibt es bei dem Regelrecht der Schuldübernahme, so insbesondere bei derjenigen Gestaltung, wo der Übernehmer Eigentümer des mit einer Hypothek für die übernommene Schuld belasteten Grundstücks ist.

4. Zwischen dem Ersteher eines zur Zwangsversteigerung gebrachten Grundstücks und einem aus dem Barerlös zu befriedigenden Hypothekengläubiger kann nach § 91 ZVG. unter den daselbst bezeichneten Voraussetzungen vereinbart werden, daß die Hypothek für den sein Recht auf Befriedigung aus dem Erlös aufgebenden Gläubiger bestehen bleiben solle. „Im übrigen — so lautet die Schlußbestimmung von Abs. 3 des berufenen § 91 — wirkt die Vereinbarung wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstücke."

Wie verhält es sich in diesem Falle mit der durch die Hypothek bisher gesichert gewesenen Forderung? Es wird als möglich zu erachten sein, daß den Ersteher nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung eine persönliche Haftung überhaupt nicht treffen soll, so daß also die fortbestehende Hypothek den Charakter der Grundschuld annimmt. Auf eine Vereinbarung dieses Inhalts wird sich jedoch der Gläubiger nicht leicht einlassen, sondern er wird Wert darauf legen, daß der Ersteher eine mit der Schuldpflicht des bisherigen persönlichen Schuldners inhaltlich übereinstimmende Schuldpflicht auf sich nimmt. Diese Absicht pflegen die Parteien derart zum Ausdruck zu bringen, daß hinsichtlich der bisherigen persönlichen Schuld Schuldübernahme vereinbart wird.

Wird dieser Vorgang durch seine Bezeichnung als Schuldübernahme aber auch richtig charakterisiert? Die hierauf von der bisherigen Theorie der Schuldübernahme erteilte Antwort lautet bejahend, und gerade Vertreter der Sukzessionstheorie waren es, die in der vorerwähnten — schon dem früheren Rechte wohl bekannten — Vereinbarung einen besonders wichtigen Fall der Schuldübernahme erblickten. Hieran knüpfte ich in meiner Schuldübernahme[58] an, führte aber zugleich aus, daß gerade dieser Fall besonders geeignet ist, die Sukzessionstheorie ad absurdum zu führen.

Daß die an eine Vereinbarung der hier vorausgesetzten Art sich knüpfenden Rechtsfolgen mit der Sukzessionstheorie nicht in Einklang gebracht werden können, wird jetzt auch von Knoke anerkannt[59]. In seinem Glauben an ihre Richtigkeit läßt sich Knoke aber auch hierdurch nicht erschüttern, sondern er leugnet vielmehr im Gegensatz zur bisherigen Theorie auch hier, daß eine Schuldübernahme überhaupt vorliege.

Da die Verhältnisse, unter denen es zur Übernahme einer durch die bestehenbleibende Hypothek gesicherten persönlichen Verpflichtung des Erstehers kommen kann, große Verschiedenheit zeigen, so muß man sich zunächst die dabei möglichen Hauptgestaltungen vergegenwärtigen. Der einfachste Fall ist gegeben, wenn der Subhastat zugleich der bisherige persönliche Schuldner ist. Dann wird dieser infolge der zwischen dem Gläubiger und dem Ersteher getroffenen Vereinbarung von seiner persönlichen Haftung in gleicher Weise frei, wie wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Grundstück erhalten hätte. Nach Inhalt der Vereinbarung tritt aber rücksichtlich der Hypothek am subhastierten Grundstück die Schuldpflicht des Erstehers an Stelle der bisherigen Schuldpflicht des Subhastaten. Nach § 1180 BGB. ist nicht vorzugehen und der daselbst verlangten Buchung bedarf es — wie all-

[58] S. 371/141 Anm. 183.
[59] S. 441 ff.

gemein anerkannt wird[60] — nicht. War die Forderung des Gläubigers nicht nur durch die Hypothek an dem zur Versteigerung gebrachten Grundstück, sondern außerdem noch durch eine anderweite Hypothek oder durch Pfand oder Bürgschaft gesichert, so tritt grundsätzlich Erlöschung aller dieser Haftungen ein. Eine Abweichung hiervon ergibt sich bei einer Gesamthypothek unter der besonderen Voraussetzung, daß der Subhastat gegenüber dem Eigentümer eines anderen mit der Hypothek für dieselbe Forderung belasteten Grundstücks regreßberechtigt ist, dann greift § 1182 BGB. ein, auf dessen Bestimmung hier nicht weiter einzugehen ist. Ob die Erlöschung der vorerwähnten Haftungen durch Einwilligung des Eigentümers der haftenden Sache bezw. des Bürgen ausgeschlossen werden kann, wird später erörtert werden.

Ist zwar nicht der Subhastat, sondern ein anderer der persönliche Schuldner, hat er aber im Verhältnis zu diesem doch die Last der persönlichen Schuld zu tragen, so tritt an Stelle des aus gleichem Grunde wie bei der früheren Gestaltung der Subhastat, frei werdenden persönlichen Schuldners der Ersteher mit seiner persönlichen Haftung ein. Auch sonst gilt für diesen Fall nichts besonderes. Zu ganz anderer Beurteilung muß man dagegen gelangen, wenn der Subhastat im Verhältnis zum persönlichen Schuldner die Last der Schuld nicht zu tragen hat. Unter dieser Voraussetzung wird der persönliche Schuldner, ungeachtet der durch den Ersteher erfolgenden Übernahme der persönlichen Haftung nicht frei, sondern geht vielmehr der gegen ihn sich richtende Anspruch des, als aus dem subhastierten Grundstück und somit auf Kosten des Subhastaten für befriedigt anzusehenden Gläubigers samt Nebenrechten auf den Subhastaten über, wogegen wieder dem Gläubiger gegenüber der Ersteher mit seiner persönlichen Haftung an Stelle des bisherigen Schuldners tritt.

War zur entscheidenden Zeit eine persönliche Schuld, sei es des Subhastaten, sei es eines anderen, überhaupt nicht vorhanden

[60] Auch von Knoke, S. 445 Anm. 70.

und die als Hypothek eingetragene Belastung somit — was aus verschiedenen Gründen möglich ist[61] — bereits zu einer Grundschuld geworden, so kann sich der Ersteher dem Gläubiger in Ansehung des Betrags der bestehenbleibenden Grundschuld zwar auch persönlich verpflichten, bedarf es aber zur Umwandlung der Grundschuld in eine den persönlichen Anspruch des Gläubigers sichernde Hypothek der nach § 1198 BGB. erforderlichen Buchung.

Erscheint endlich nach dem Inhalte der zwischen Gläubiger und Ersteher bezüglich des Bestehenbleibens der Hypothek getroffenen Vereinbarung eine persönliche Haftung des Erstehers als ausgeschlossen, so wird die bestehenbleibende Belastung nicht durch darauf gerichtetes Rechtsgeschäft, sondern von Rechts wegen zur Grundschuld.

Auf Grund der bisher festgestellten praktischen Ergebnisse gelangt man zu folgendem Urteil: Die den Gegenstand unserer Erörterung bildende Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Ersteher hebt sich von der regelmäßigen Schuldübernahme sehr erheblich ab[62]. Hierdurch hört sie aber nicht auf, eine besondere Art der Schuldübernahme zu sein[63]. Der hierfür entscheidende Punkt ist, daß für den Gläubiger wie bei

---

[61] Man denke z. B. an das Eingreifen der Bestimmungen des § 1156 BGB. oder daran, daß in einem Falle, wo eine der eingetragenen Hypothek entsprechende Forderung niemals bestanden hat, einem Zessionar die Vorschrift des § 1138 zustatten kommt.

[62] Knokes Ausführungen leiden darunter, daß er Abweichungen vom Regelrecht innerhalb des Bereichs der Schuldübernahme nicht gelten lassen will.

[63] Vgl. auch Jakubezky, Bemerkungen, S. 71. Siehe ferner § 152 österr. Exekutionsordnung, wo mit Bezug auf den hier in Frage kommenden Fall ausdrücklich von einer mit Zustimmung des Gläubigers erfolgenden Übernahme der Schuld durch den Ersteher geredet wird. Ebenso frühere deutsche Partikulargesetze, so insbesondere § 116 preuß. ZVG. von 1883. Wenn § 91 deutschen ZVG. diese Ausdrucksweise vorsichtig vermied, so geschah dies wohl nur deswegen, weil man auf den eigenartigen Fall des § 91 nicht schlechtweg das im BGB. für die Schuldübernahme gegebene Regelrecht übertragen wissen wollte.

der regulären Schuldübernahme an Stelle der Schuldpflicht seines bisherigen persönlichen Schuldners die inhaltlich gleiche Schuldpflicht des Erstehers tritt und daß diese jener auch in Beziehung auf die bestehenbleibende Hypothek — und zwar ohne Buchung — als gleichwertig behandelt wird[64]. Übereinstimmung mit dem regelmäßigen Recht der Schuldübernahme besteht auch nach der Richtung, daß dem die Schuldpflicht des bisherigen persönlichen Schuldners auf sich nehmenden Ersteher dem Gläubiger gegenüber grundsätzlich dieselben Einwendungen zustehen, welche diesem von seinem bisherigen persönlichen Schuldner entgegengestellt werden konnten. Gegenüber dem hypothekarischen Anspruch des Gläubigers freilich können solche Einwendungen voraussetzungsgemäß[65] überhaupt nicht in Betracht kommen und auch gegenüber dem gegen den Ersteher sich richtenden persönlichen Anspruch werden sie tatsächlich keine große Rolle spielen. Ausnahmsweise können sie aber doch wichtig werden, so insbesondere in dem schon früher berührten Falle des Nicht- oder Nichtmehrvorhandenseins einer bisherigen Schuldpflicht des Subhastaten oder einer von ihm verschiedenen Person.

Trotzdem bleibt der Gegensatz zur regelmäßigen Schuldübernahme noch immer groß genug[66]. Bei dieser wird der Altschuldner unbedingt frei und tritt dessen Befreiung kraft des in der privativen Schuldübernahme enthaltenen Befreiungswillens des Gläubigers ein. Bei der auf das im Vorhergehenden bezeichnete Ziel gerichteten Vereinbarung zwischen Gläubiger und Ersteher ist es dagegen möglich, daß, obschon der Ersteher dem Gläubiger gegenüber an Stelle des bisherigen persönlichen Schuldners tritt, dieser nicht frei wird, sondern demjenigen forthaftet, welcher

---

[64] Der praktische Gedanke der Schuldübernahme kommt hiernach auch in unserem Falle zur Geltung.

[65] Denn nach Maßgabe des Sachverhalts war dieser Anspruch bereits vollkommen befriedigungsreif.

[66] Dies war von mir auch schon in meiner Schuldübernahme hervorgehoben worden; vgl. daselbst S. 376 ff./146 ff.

ihm gegenüber regreßberechtigt ist. Wird der bisherige persönliche Schuldner aber wirklich befreit, so ist dessen Befreiuung nicht auf einen in der Vereinbarung mit dem Ersteher enthaltenen Befreiungswillen des Gläubigers zurückzuführen, sondern lediglich die Folge davon, daß die getroffene Vereinbarung kraft ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes im übrigen, d. h. abgesehen von dem Fortbestehen der Hypothek und der die Haftung des bisherigen persönlichen Schuldners dem Gläubiger gegenüber ersetzenden persönlichen Haftung des Erstehers, dieselbe Wirkung auslöst, wie wenn der Gläubiger *aus dem Grundstücke* befriedigt worden wäre.

Hierdurch erhält zugleich auch die in § 418 Abs. 1 entschiedene Frage, unter welchen Voraussetzungen akzessorische Haftungen, ungeachtet des Wechsels in der Person des Hauptschuldners, fortdauern, für unseren Fall eine ganz *andere* Bedeutung, als welche ihr für die regelmäßige Schuldübernahme zukommt. Bereitet sich eine regelmäßige Schuldübernahme vor, so muß der in sie nicht einwilligende Bürge des bisherigen Schuldners oder Eigentümer einer bisher haftenden Sache damit rechnen, daß das Zustandekommen der Schuldübernahme an der Versagung dieser Einwilligung scheitern und seine akzessorische Haftung also doch fortbestehen werde. Bei der Entscheidung über die Erteilung der Einwilligung handelt es sich für den Bürgen bezw. den Eigner des haftenden Gegenstandes also nur darum, ob für ihn die persönliche Haftung des Übernehmers der persönlichen Haftung des Altschuldners praktisch gleichwertig ist. In einer ganz anderen Lage befindet sich dagegen der Bürge bezw. der Eigner eines dem Gläubiger, abgesehen von dem subhastierten Grundstück, noch haftenden Gegenstandes im Falle einer zwischen dem Gläubiger und dem Ersteher nach § 91 ZVG. getroffenen Vereinbarung. Erlischt hier die Haftung des bisherigen persönlichen Schuldners, so tritt auch dem Bürgen bezw. dem Eigner des haftenden Gegenstandes gegenüber die im berufenen § 91 Abs. 3 Schlußsatz bezeichnete Wirkung ein, die auch eingetreten sein würde, wenn es

zu einer das Bestehenbleiben der Hypothek auf dem subhastierten Grundstück betreffenden Vereinbarung nicht gekommen wäre. Erlischt die Haftung des bisherigen persönlichen Schuldners jedoch aus dem Grunde nicht, weil der Anspruch des Gläubigers gegen diesen auf den Subhastaten übergeht, so bleiben die bisherigen bürgschaftlichen und Sachhaftungen zugunsten des regreßberechtigten Subhastaten bestehen. Die volle Anwendung der Vorschriften des § 418 Abs. 1 auf unseren Fall muß daher als undurchführbar bezeichnet werden.

Einen der vorstehenden Darlegung scheinbar entgegengesetzten Standpunkt nimmt allerdings das Reichsgericht, Entscheid. 70, 415, ein. Der hier entschiedene Fall lag so, daß der Gläubiger sich auf das ihm vom Ersteher und vom bisherigen Bürgen angesonnene Bestehenbleiben der Hypothek und auf die Übernahme der persönlichen Haftung durch den Ersteher nur einließ, nachdem ihm der bisherige Bürge die Fortdauer seiner bürgschaftlichen Haftung zugesichert hatte. Wenn das RG. hier die Frage, ob der Bürge dem Gläubiger hafte, obschon der in § 766 BGB. für Abgabe einer Bürgschaftserklärung vorgeschriebenen Form nicht neuerdings genügt worden war, bejahte, so ist dies im praktischen Ergebnis durchaus befriedigend. Zur Begründung hätte aber die Berufung auf § 778 BGB. ausgereicht, da tatsächlich ein an die Form des § 766 nicht gebundenes Kreditmandat des bisherigen Bürgen vorlag. Die vom RG. aus § 418 Abs. 1 geschöpfte Begründung vermag dagegen nicht zu überzeugen[67].

Nur nach einer Richtung kommt der Grundgedanke des § 418 Abs. 1 auch in unserem Falle zur Geltung: Rücksichtlich der bestehenbleibenden Hypothek ersetzt die persönliche Haftung des Erstehers die dem Gläubiger gegenüber bisher wirksam ge-

[67] In meiner Schuldübernahme, S. 376/46 Anm. 190 wurde das im Texte ausgeführte Bedenken noch nicht geltend gemacht. Vgl. aber Knoke, S. 445.

wesene persönliche Haftung des bisherigen Schuldners ganz ebenso wie bei der regelmäßigen Schuldübernahme. Der Vorgang ist aber zugleich so beschaffen, daß er der Sukzessionstheorie spottet. Man wird sich hierüber umso weniger wundern dürfen, als auch schon die in § 418 Abs. 1 für die regelmäßige Schuldübernahme getroffenen Entscheidungen mit der Sukzessionstheorie nicht in Einklang gebracht werden können.

Inhaltsübersicht.

	Seite
Erster Abschnitt: Schuld im Sinne von Schuldpflicht .	3—47
Zweiter Abschnitt: Nachfolge in die Schuldpflicht . .	47—61
Dritter Abschnitt: Schuldübernahme	61—166
Erstes Kapitel: Grundsätzliches	61—116
Zweites Kapitel: Durchführung	116—166

Altenburg
Pierersche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

Berichtigungen.

Seite 6, Zeile 11, 12 von oben, statt: Auf die in den genannten Rechten uns entgegentretenden ähnlichen . . . lies: Auf, den in den genannten Rechten uns entgegentretenden, ähnliche . . .

Seite 76, Zeile 13 von oben, statt: dieser bereits einem anderen . . . lies: diesem bereits ein anderer . . .

Verlag von Duncker & Humblot in München und Leipzig.

Systematisches Handbuch

der

Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung von

H. Brunner, V. Ehrenberg, O. Gierke, J. Glaser, C. S. Grünhut, A. Haenel, A. Heusler, P. Krüger, F. v. Martitz, O. Mayer, A. Mendelssohn-Bartholdy, L. Mitteis, Th. Mommsen, F. Oetker, M. Pappenheim, F. Regelsberger, Lothar Seuffert, R. Sohm, E. Strohal, A. von Tuhr, A. Wach, R. Wagner, C. Wieland

herausgegeben von

Karl Binding.

Bisher erschienen 27 Bände.

Preis für sämtliche Bände geheftet 363 Mark, in Halbfranz gebunden 428 Mark 50 Pf.

Katalog mit näheren Angaben steht kostenlos zu Diensten.

Festschrift für Ernst Zitelmann.

Zu seinem 60. Geburtstage überreicht von Verehrern und Schülern.

Preis geheftet 20 Mark. Preis gebunden 23 Mark.

Inhaltsverzeichnis:

Erste Abteilung: Zur allgemeinen Rechtslehre.

Dr. Ehrlich, ord. Prof. der Rechte a. d Universität Czernowitz: Der praktische Rechtsbegriff. — Dr. v. Laun: Edler, a. o. Professor der Rechte an der Universität Wien: Zum Problem des freien Ermessens. Kritische Erörterungen und Studien zur Verwaltungsreform. — Dr. v. Mayr, ord. Professor der Rechte an der Universität Prag Gesetzeskunst.

Zweite Abteilung: Zum bürgerlichen Recht und zur Rechtsgeschichte.

Dr. Adler, ord. Professor der Rechte an der Universität Czernowitz: Die Leistungsverweigerung nach § 320 BGB., mit besonderer Rücksicht auf den Handelskauf. — Dr. Beer, a. o. Professor der Rechte an der Universität Leipzig: Die Stellung des Reichsgerichts zur Frage der Rückverweisung. — Dr. Fischer, a. o. Professor der Rechte an der Universität Gießen: Grenzgebiete des Schadenersatzes und des Bereicherungsanspruchs. — Dr. Flechtheim, Professor, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht und Dozent an der Handelshochschule Cöln: Das Urteil auf Ungültigkeitserklärung eines Generalversammlungsbeschlusses. — Dr. Henle, Privatdozent an der Universität Bonn: Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung. — Dr. Kiß, ord. Professor der Rechte an der Universität Großwardein: Verleitung zur Vertragsverletzung. — Dr. Klein, Privatdozent an der Universität Königsberg: Die Möglichkeit eines Weltprivatrechts. — Dr. Langen, a. o. Professor der Rechte an der Universität Greifswald: Der Schutz beim Erwerb von Wechselrechten nach dem Haager Weltwechselrechtsentwurfe. — Dr. Lehmann, ord. Professor der Rechte an der Universität und Oberlandesgerichtsrat, Jena: Grundlinien des deutschen Industrierechts. — Dr. Oertmann: ord. Professor der Rechte an der Universität Erlangen: Verträge auf Handlungen dritter Personen. — Dr. Raape, a. o. Professor der Rechte an der Universität Halle: Die testamentliche Willkürbedingung nach heutigem und römischem Recht. — Dr. Rabel, ord. Professor an der Universität Göttingen: Ein Rahmesblatt Papinians. (Die sog. Actio quasi institoria.) — Dr. v. Schey, Geheimrat, ord. Professor der Rechte an der Universität Wien: Geschäftsführung ohne Auftrag und Widerrechtlichkeit im österreichischen ABGB. — Dr. Schulz, ord. Prof. der Rechte an der Univ. Kiel: Interpolationenkritische Studien. — Dr. Schwarz, Privatdozent an der Universität Leipzig: Homologie und Protokoll in den Papyrusurkunden der Ptolemäerzeit, zugleich ein Beitrag zur Theorie der Abstandsgeschäfte.

Dritte Abteilung: Zum öffentlichen Recht:

Dr. Bewer, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zur Zuständigkeit der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. — Dr. v. Dungern, Freiherr, a. o. Professor der Rechte an der Universität Czernowitz: Die Staatsreform der Hohenstaufen. — Dr. Giese, Professor der Rechte an der Akademie Posen: Der Beamtencharakter der preußischen Volksschullehrer. — Dr. Rawiasky, Privatdozent an der Universität Wien: Forderungs- und Gewaltver... Ein Beitrag zum allgemeinen Teil des privaten und öffentlichen Rechts. — Dr. R... Reichsgerichtsrat in Leipzig: Ist eine Unterlassungsklage zwecks Abwehr drohender ... Handlungen zulässig? Ein Beitrag zur Lehre von der Lückenausfüllung. — Dr. Po... Professor der Rechte an der Universität Greifswald: Der Bundesbevollmächtigte im ... Ein Beitrag zur Auslegung des Artikels 9 der Reichsverfassung. — Dr. Stier-So... Professor an der Hochschule für kommunale und soziale Verwaltung in Cöln: Studien ... gemeindungsrecht.

Gieseriche Hofbuchdruckerei, Altenburg (S.-A.)